



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C, cinco (5) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 08001 23 31 000 2011 00638 01 (2873–2015)
Demandante: CLARA LUZ RAMBAO CERA
Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD (ATLÁNTICO)

APELACIÓN SENTENCIA – DECRETO 01 DE 1984

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 31 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda instaurada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Municipio de Soledad (Atlántico).

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES

A través de apoderado judicial la señora CLARA LUZ RAMBAO CERA, solicitó se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio STH 990.10 de 24 de noviembre de 2010, por medio del cual el Municipio de Soledad (Atlántico) le negó la solicitud de pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996, por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías anualizadas.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se condene al referido Municipio, al pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a los años 2003 a 2008, al igual que se ordene el ajuste de las cantidades líquidas de dinero que resulten de la condena.

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que sustentan sus pretensiones son los siguientes:

- La demandante labora en el Municipio de Soledad – Atlántico, en el cargo de Auxiliar Administrativo – Código 407, Grado 03 adscrito a la planta global de la administración municipal desde el día 12 de noviembre de 2003.
- La entidad demandada no consignó el auxilio de cesantías correspondientes a los años 2003 a 2008 dentro del plazo establecido por la ley para el régimen anualizado, es decir hasta el 14 de febrero del año siguiente correspondiente.
- El 28 de octubre de 2010, radicó ante la Alcaldía Municipal una petición, a fin de obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en los términos de la Ley 344 de 1996, pero la entidad demandada a través del acto acusado dio respuesta negativa a dicha solicitud.
- Con el fin de agotar los requisitos de procedibilidad, el 14 de junio de 2011 se celebró la diligencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 118 Judicial II Administrativa, que se declaró fallida por falta de acuerdo entre las partes.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda invocó como normas violadas los artículos 13, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; 85, 137 a 139 del Código Contencioso Administrativo; 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 1991; 20 numeral 3º del Código de Procedimiento Civil.

Como concepto de violación expuso, que con la expedición del acto demandado se vulneró el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, norma que dispone que a partir de su vigencia, las personas que se vinculen a las entidades del Estado tendrán el régimen de cesantías anualizadas, y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998,

según el cual la liquidación y pago de dicho auxilio para los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir de 1996 que se afilien a los fondos privados será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás concordantes de la Ley 50 de 1990.

Por tanto al no efectuar oportunamente la consignación de las cesantías en el respectivo fondo, esto es, el 14 de febrero del año siguiente, la administración incurrió en una conducta omisiva que desconoce los derechos del trabajador.

1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹

A través de apoderado judicial, el **Municipio de Soledad (Atlántico)** se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho y de derecho. Propuso como excepciones “ineptitud de la demanda por indebido agotamiento de la vía gubernativa”, la “imposibilidad de cancelar la indemnización moratoria debido a que dichas acreencias no fueron presentadas en el contexto de la admisión a la promoción de un acuerdo de reestructuración de pasivos de la Ley 550 de 1999 en que entró el municipio de Soledad”, “ausencia probatoria respecto a si la demandante manifestó acogerse al régimen de la Ley 344 de 1996”, “prescripción”, y la “inaplicabilidad del artículo 99 de la Ley 50 de 1990”.

1.5. LA SENTENCIA APELADA²

El Tribunal Administrativo de Atlántico en sentencia de 31 de marzo de 2014, declaró la nulidad del oficio demandado y declaró probada la excepción de prescripción respecto de la sanción moratoria causada con anterioridad al 28 de octubre de 2007.

Previamente a examinar los cargos de la demanda, el *a quo* resolvió que las excepciones formuladas por el municipio de Soledad no prosperaban salvo la de prescripción, sobre la cual dijo que si las pretensiones de la demanda llegaren a prosperar sería objeto de estudio de fondo.

¹ Folios 42 a 52 del expediente.

² Folios 117 a 138 del expediente.

Luego de hacer un recuento de la normativa que trata del incumplimiento en el pago del auxilio de cesantías, concluyó que a la demandante le es aplicable el régimen de cesantías anualizado contemplado en la Ley 344 de 1996 y demás normas concordantes, pues se demostró que se vinculó a la administración del Municipio de Soledad (Atlántico) con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, por lo cual le es aplicable el régimen anualizado de cesantías de la Ley 50 de 1990.

Posteriormente, respecto a la excepción de prescripción, concluyó lo siguiente:

“En el caso *sub examine*, se ha solicitado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías correspondientes a las vigencias 2003 a 2008 por el no pago de las mismas a favor del demandante, dentro de la oportunidad prevista por la ley. Por tanto, si la entidad tenía la obligación de realizar la consignación o pago de las cesantías de cada una de las vigencias comprendidas entre el 2003 y el 2008, antes del 15 de febrero del año siguiente, como quiera que solo hasta el 28 de octubre de 2010 se elevó la solicitud de su reconocimiento y pago, emerge con toda claridad, que a tal fecha se configura la prescripción en forma parcial de la sanción moratoria causada entre el 15 de febrero de 2004 y el 27 de octubre de 2007, respecto de las cesantías correspondientes a las vigencias del año 2003, 2004, 2005 y 2006.

No obstante, no ocurre lo mismo con la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a las vigencias 2007 y 2008, pues tales cesantías se debieron consignar antes del 15 de febrero del 2008 y 2009, respectivamente, dado que su reclamación en la vía gubernativa se presentó el 28 de octubre de 2010 y por ende se encuentran dentro de los 3 años anteriores a su causación.”

1.6. RECURSO DE APELACIÓN³

El apoderado de la **parte demandante** impugnó la decisión de primera instancia, al efecto argumentó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que no se puede hablar de prescripción de las cesantías ni de los derechos accesorios, como lo es la sanción moratoria, mientras esté vigente el vínculo laboral entre las partes; agregó que el no pago oportuno de las

³ Folios 140 – 146 del expediente.

cesantías fue una conducta continuada desde el año 2003 hasta el 2008 por parte de la entidad, lo cual le ocasionó una desmejora al trabajador durante dicho tiempo.

En razón de lo anterior, solicita que no le sea aplicada la prescripción y en su lugar se ordene el pago de la sanción moratoria año por año con su debida actualización a que hubiere lugar.

La apoderada de la **parte demandada** presentó recurso de apelación adhesiva⁴, el cual fue allegado con posterioridad a la etapa procesal de traslado para alegar de conclusión, razón por la cual no puede ser tenido en cuenta de acuerdo al parágrafo del artículo 322 del Código General del Proceso.

1.7. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante autos calendados el 11 de diciembre de 2015 y el 7 de octubre de 2016, el despacho sustanciador (i) admitió el recurso de apelación, y (ii) corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión, respectivamente⁵.

En escrito allegado a folios 235 a 239, el apoderado de la señora **CLARA LUZ RAMBAO CERA** reiteró los argumentos expresados en el escrito de apelación, adjuntando decisiones judiciales que, en su pensar, respaldan las pretensiones de la demanda.

A folios 247 a 256 del expediente, la apoderada del **Municipio de Soledad** presentó escrito de alegatos de conclusión; argumentó que la demandante no tenía derecho al reconocimiento de la mora en las cesantías pues se encontraba afiliada al Fondo Nacional del Ahorro durante las fechas reclamadas. De igual manera, propone que, de acceder a las pretensiones, se confirme la aplicación de la prescripción de la manera en que lo hizo el *a quo*.

⁴ Folios 257 – 262 del expediente.

⁵ Folios 195 – 197 del expediente.

APELACIÓN SENTENCIA – DECRETO 01 DE 1984

La **Procuradora Segunda Delegada**⁶ ante el Consejo de Estado allegó concepto, en el cual solicita se confirme la providencia de primera instancia, toda vez que dentro del expediente se demostró que la actora elevó la solicitud para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, según lo señala el acto acusado; además, sugiere que debe tenerse en cuenta la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 en la que la Sección Segunda fijó una postura frente a la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

Para resolver, se

II. CONSIDERACIONES

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta la apelación allegada por el apoderado de la parte demandante, se contrae a determinar si la prescripción aplicada por el Tribunal Administrativo de Atlántico le es aplicable en los términos señalados por la sentencia recurrida, o si por el contrario la sanción moratoria declarada por el *a quo* debe reconocerse sin prescripción alguna.

2.2. CUESTIÓN PREVIA

La Sala considera que, si bien en el presente caso se presenta la condición de apelante único con sentencia parcialmente favorable, situación protegida por el principio y garantía de la *non reformatio in pejus*, esto no es óbice para que el fallo proferido por el *a quo* sea estudiado cuando se tiene un manto de duda sobre la coherencia y claridad de la situación fáctica y jurídica que está en discusión. Así ya ha sido determinado por esta Corporación en sentencias de 23 de febrero de 2006 del Consejero Ponente Alejandro Ordóñez Maldonado y del 1º de febrero de 2007 del Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla⁷, en las cuales se indicó:

⁶ Folios 264 a 272 del expediente.

⁷ 05001-23-31-000-2003-00107-01(8963-05) Actor: Luis Gonzalo Molina López Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

APELACIÓN SENTENCIA – DECRETO 01 DE 1984

"No obstante lo anterior, en el presente caso no es posible aplicar dicho principio, sin incurrir en violación de las normas legales que prescriben la obligación para el fallador de basar sus providencias en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, teniendo en cuenta que el Tribunal está concediendo un derecho con base en un error, que no se acomoda a las pruebas obrantes en el proceso.

El error en que incurrió el Tribunal, no puede convertirse en una situación creadora de derechos."

En vista de lo anterior, se realizará un análisis de fondo de la situación jurídica de la demandante respecto a la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías anualizadas por parte del Municipio de Soledad (Atlántico), de llegar a prosperar se estudiará la prescripción del derecho, de acuerdo al recurso de apelación presentado.

Ahora, a fin de desatar la cuestión litigiosa anteriormente descrita, inicialmente es preciso describir el régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos territoriales, para luego del análisis del acervo probatorio definir si en el caso concreto a la parte actora le asiste la razón en lo que pretende.

2.3. RÉGIMEN DE CESANTÍAS APLICABLE A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS TERRITORIALES

La Ley 6ª de 1945, en el artículo 17⁸, dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

⁸ "Artículo 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

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

APELACIÓN SENTENCIA – DECRETO 01 DE 1984

Mediante Decreto 2767 de 1945 se determinaron las prestaciones sociales de los empleados departamentales y municipales. El artículo 1° les hizo extensivas las prestaciones consagradas por el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, lo cual incluyó el auxilio de cesantías⁹. En el artículo 6° se señalaron las situaciones que se tendrían como despido para efectos de la liquidación del auxilio.

Por su parte, la Ley 65 de 20 de diciembre de 1946 modificó las disposiciones sobre cesantías y en el artículo 1° extendió dicho beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios. El Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946 contempló normas sobre prestaciones a favor de los empleados oficiales, y definió los parámetros para la liquidación de las cesantías¹⁰.

Posteriormente, el Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 estableció el mismo derecho para los empleados al servicio de la Nación de cualquiera de las ramas del poder público, sin importar si se encontraban inscritos en carrera administrativa o no, y sea cual fuere la causa de su retiro.

A su vez, la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996, en el artículo 13 dispuso que, a partir de su publicación, las personas que se vinculen a las entidades del Estado, tendrían un régimen anualizado de cesantías, en virtud del cual, la liquidación definitiva de las mismas debe realizarse el 31 de diciembre de cada año.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, reglamentario de la anterior, que hizo extensivo el régimen anualizado de cesantías para los empleados públicos del nivel territorial, y dispuso que el régimen de los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se hubieren afiliado a un fondo de cesantías, sería el establecido en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

⁹ "Artículo 1°. Con las solas excepciones previstas en el presente decreto, los empleados y obreros al servicio de un Departamento, Intendencia, Comisaría o Municipio tiene derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y el artículo 11 del Decreto 1600 del mismo año para los empleados y obreros de la Nación. A la entidad que alegue estar comprendida en uno de los casos de excepción, de corresponderá probarlo."

¹⁰ "El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce meses."

Para el caso de aquellos que se vincularon con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse al previsto en esta Ley, se estableció el siguiente procedimiento:

- "a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;
- b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;
- c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición (...)."

Por su parte, el Decreto 1252 de 30 de junio de 2000, en el artículo 2º conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 lo venían disfrutando, hasta la terminación de la vinculación laboral con la entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.

En el mismo sentido, el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional a los servidores del orden territorial, en el artículo 3º previó: "Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000."

2.4. DE LA SANCIÓN MORATORIA RESPECTO DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO

De acuerdo al momento en que se causó la sanción reclamada, es decir entre los años 2003 y 2008, y la fecha en que se elevó la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria ante el municipio demandado, el 28 de octubre de 2010, la norma vigente en el caso de quienes se encontraban afiliados al Fondo Nacional del Ahorro era el artículo 6º de la Ley 432 de 1998, que determinó lo siguiente:

APELACIÓN SENTENCIA – DECRETO 01 DE 1984

“Artículo 6º. “Transferencia de cesantías de servidores públicos. En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas generales de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salario que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior por los servidores públicos afiliados.

En incumplimiento de las obligaciones aquí establecidas dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales equivalentes al doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas por todo el tiempo de la mora.

Mensuales, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.

Los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en causal de mala conducta que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

En todas las entidades públicas para atender las cesantías de la respectiva vigencia, como requisito indispensable para su presentación, trámite y aprobación por parte de la autoridad correspondiente.”

III. CASO CONCRETO

Revisado el expediente, considera la Sala que deben tenerse en cuenta los siguientes documentos para resolver el problema jurídico planteado:

- Certificación suscrita por el Secretario de Talento Humano del Municipio de Soledad (Atlántico), en el que señala que CLARA LUZ RAMBAO CERA labora en la Alcaldía desde el 12 de noviembre de 2003 (fl. 18).
- A folio 19, se anexó la petición radicada el 28 de octubre de 2010 por medio de la cual se solicitó al municipio demandado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de los años 2003 a 2008.
- Así mismo, a folios 22 a 28 se encuentra copia del acto demandado, el Oficio STH 990.10 de 24 de noviembre de 2010.

- A través de Oficio STH-0493-2013, el secretario de Talento Humano de la Alcaldía de Soledad certificó que la señora CLARA LUZ RAMBAO CERA se encontraba afiliada al Fondo Nacional del Ahorro y a COLFONDOS, siendo a esta última consignadas las cesantías de los años 2003 a 2008. (fl. 78)
- A folios 81 y 82 se encuentran copias de solicitud de afiliación al Fondo Nacional del Ahorro con fecha de 1 de marzo de 2006 y posterior traslado de cesantías a COLFONDOS con fecha de 19 de noviembre de 2012.

De acuerdo con esta documentación, se desprenden las siguientes conclusiones:

1. La señora CLARA LUZ RAMBAO CERA, se vinculó a la planta global de la alcaldía del municipio de Soledad (Atlántico) en el año 2003, determinando así que el régimen aplicable de cesantías es el anualizado en razón a la norma vigente para dicho momento.
2. El 1º de marzo del año 2006 se registró solicitud de afiliación al Fondo Nacional del Ahorro, la cual se concretó y se extendió hasta el 19 de noviembre de 2012, fecha en la cual se solicitó el traslado de las cesantías al fondo privado COLFONDOS. En este punto se tiene como cierta la afiliación al FNA, pues en el oficio visible a folio 78 se indica que en efecto se concretó y en la solicitud de traslado al fondo COLFONDOS se señala como fondo anterior el FNA.
3. La decisión del Tribunal Administrativo de Atlántico, en la cual se declaró la nulidad del acto demandado y se concedió el pago de la sanción moratoria, se encuentra viciada, pues la demandante no era la legitimada para solicitar el pago de la sanción moratoria en cuanto correspondía a una situación administrativa del FNA.

Ahora bien, es evidente que durante el periodo 2006 a 2012 la demandante se mantuvo afiliada al Fondo Nacional del Ahorro, pues en marzo de 2006 presentó solicitud de afiliación y en noviembre de 2012 solicitó el traslado de las cesantías

APELACIÓN SENTENCIA – DECRETO 01 DE 1984

dejando claro en esta última actuación, que el fondo en el que se encontraba correspondía al FNA.

En ese sentido debe tenerse en cuenta lo establecido por la Ley 432 de 1998, en donde se indicó claramente que “[e]n incumplimiento de las obligaciones aquí establecidas dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales...”, dejando claramente establecido que la pretensión de la demandante carece de alcance jurídico y por lo tanto debería haber sido rechazada por el *a quo*.

Así las cosas, realizando una excepción al principio de la *non reformatio in pejus* de acuerdo a la cuestión previa antes descrita, la Sala considera que contrario a lo que determinó el Tribunal Administrativo de Atlántico, las pretensiones de la demanda deben ser negadas en atención a que a la accionante no le es posible el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías anualizadas de acuerdo a la norma aplicable a su caso en concreto, pues realmente quien tiene la discrecionalidad para ello es el FNA, de acuerdo a lo señalado previamente; concluyendo que la sentencia objeto de apelación deberá ser revocada.

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

IV. FALLA

1. REVOCAR la sentencia del 31 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Atlántico, que accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia.

Radicación: 08001 23 31 000 2011 00638 01 (2873-2015)

Demandante: CLARA LUZ RAMBAO CERA

Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD (ATLÁNTICO)

APELACIÓN SENTENCIA – DECRETO 01 DE 1984

2. **NEGAR** las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por la señora CLARA LUZ RAMBAO CERA en contra del Municipio de Soledad (Atlántico), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

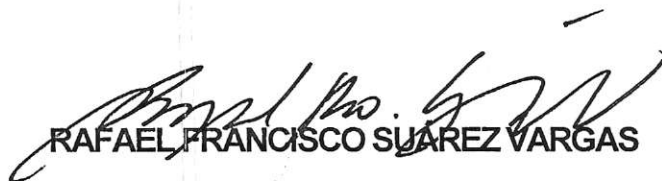
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
EN COMISIÓN



RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

