



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO:	700013333-004-2015-00024-01
DEMANDANTE:	JAIRO MARTÍNEZ MARTÍNEZ
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE SINCELEJO

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de agosto de 2017, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, que negó las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

El señor **JAIRO MARTINEZ MARTÍNEZ**, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra del **MUNICIPIO DE SINCELEJO**, **solicitando:**

- Que se declare la nulidad del acto ficto negativo, mediante el cual se negó al actor el reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no consignar de manera oportuna las cesantías correspondientes a los años 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006, al fondo en que se encontraba afiliado el actor.

¹ Fol. 1-7 C. Ppal.

- Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 0101-10.02-711 del 5 de junio de 2014, expedido por el municipio de Sincelejo y mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la dotación del actor.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, pretende, que se condene al municipio de Sincelejo a:

- Que reconozca y pague la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías de los años 2000 a 2006, desde el 16 de febrero de 2001, a razón de un día de salario por cada día de retardo.
- Que reconozca y pague la compensación en dinero de la dotación e vestido y calzado de labor de fecha 30 de abril de 2013, la cual no le fue entregada el actor.

Como **fundamentos fácticos**, en la demanda se expuso que:

El actor se vinculó el 11 de febrero de 2000, al municipio de Sincelejo, en el cargo de Sargento de Bombero, código 417 grado 15, adscrito al cuerpo de bomberos de Sincelejo.

A través del Decreto 220 del 17 de abril de 2013, expedido por el Alcalde Sincelejo, se dispone el retiro del servicio activo del actor, por estar incurso en el literal G del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Mediante Resolución No. 2973 del 22 de agosto de 2013 se cancela al actor una liquidación definitiva, por valor de \$6.588.997, reconociendo cesantías por las anualidades 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006, las cuales no fueron consignadas oportunamente en el fondo de cesantías, sino pagadas directa y tardíamente al señor JAIRO MARTÍNEZ MARTÍNEZ.

Por lo anterior, se configuró sanción moratoria en la consignación de las cesantías en un fondo privado, de los años 2000 a 2006, pues estas solo fueron pagadas en el año 2013, sanción que a la fecha de la demanda no ha sido pagada al actor.

Al actor, el municipio de Sincelejo, no se le suministró ni le compensó en dinero la dotación de calzado y vestido de labor, correspondiente al periodo abril de 2013.

Solicitó a través de petición escrita el 4 de abril de 2014, el pago de la sanción moratoria, sin obtener respuesta alguna, configurándose silencio administrativo negativo.

Asimismo, en petición del 5 de mayo de 2014, solicitó el reconocimiento de la dotación del mes de abril de 2013, a lo cual el municipio de Sincelejo, dio respuesta en oficio No. 0101-10.20.02.711, negando lo solicitado, alegando que la dotación se encontraba en el Almacén Municipal para ser retirada por el actor.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA².

El municipio de Sincelejo, dio respuesta a la demanda, señalando que se opone a las pretensiones de la demanda, por carecer de sustento factico y jurídico

Al referirse a los hechos de la demanda, expuso que era cierto el vínculo laboral del actor con el municipio y su retiro por cumplimiento de la edad de retiro forzoso, indicando que el pago de las cesantías se hizo directamente al empleado por no informar este a la Administración municipal el fondo de cesantías al cual se encontraba afiliado, pero el pago de las cesantías definitivas no fue tardío y se efectuó al terminar el vínculo laboral como se deriva de la Resolución No. 2973 del 22 de agosto de 2013, no existiendo lugar al pago de sanción moratoria.

En relación con la dotación expuso que la omisión no fue caprichosa, porque desde el 30 de abril de 2013, ya estaba a disposición del actor, en el Almacén Municipal, la misma, lo cual le fue ratificado en el Oficio del 5 de junio de 2014.

Luego de citar las normas que regulan el auxilio de cesantías, formuló como excepciones: i) prescripción trienal de los derechos reclamados, indicando que la sanción moratoria corresponde a los años 2000 a 2006, siendo esta la última que se debía consignar el 15 de febrero de 2017, por lo que desde la fecha de su exigibilidad a la fecha de presentación de la solicitud de pago, han transcurrido más de tres años; ii) inexistencia de obligación de compensar la dotación, considerando que la dotación siempre estuvo a disposición del empleado en el Almacén Municipal, quien no la retiró, por lo que no se puede ordenar su compensación en dinero.

1.3 LA SENTENCIA APELADA³.

EL Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, profirió sentencia de primera instancia, el 10 de agosto de 2017, negando las pretensiones de la demanda, porque el demandante no tenía derecho a que el municipio de Sincelejo, le reconozca el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, pues que se encontraba probada la excepción de prescripción trienal, como tampoco la compensación en dinero

² Folios 68-75.

³ Folios 124-129

por dotación de vestido y calzado de labor, porque estaba probada la inexistencia de la obligación a compensar dotación.

Para el efecto, el a quo, se refirió al auxilio de cesantías, a la sanción moratoria por no consignación de las cesantías anualizadas y su prescripción, indicando que ello no se dada desde la terminación del vínculo laboral, sino desde la exigibilidad del derecho; asimismo se refirió al derecho de las dotaciones, manifestando que la prestación le asiste a todos los empleados de la rama ejecutiva que hayan permanecido en sus cargos por más de tres (03) meses y devenguen menos de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la cual debe recibirse cada cuatro (4) meses, es decir los días 30 de abril, los 30 de agosto y los 30 de diciembre de cada año. De acuerdo a los lineamientos jurisprudenciales, la dotación no se perderá en caso de retiro del empleado, pues si el empleador le adeuda tal concepto deberá compensarlo en dinero⁵

Al descender al caso concreto, expresó que teniendo en cuenta la fecha de vinculación laboral del actor, es decir, el 2 de noviembre de 2000, infiere el Despacho que el señor JAIRO MIGUEL MARTÍNEZ MARTÍNEZ se encontraba cobijado por el régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990, señalando seguidamente:

“Con respecto a la sanción moratoria regulada en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 deprecada, si bien el demandante logró acreditar que el ente territorial no cumplió con la obligación de consignar oportunamente las cesantías causadas durante los años 2000 a 2006, atendiendo al término prescriptivo consagrado en la norma laboral demandante tenía hasta el 15 de febrero de 2010 para reclamar la sanción, solicitando el reconocimiento de la misma solo hasta el día 4 de abril de 2014⁷, cuando ya habían transcurrido más de tres (3) años desde la exigibilidad del derecho, por lo que se declarará probada la excepción de prescripción trienal del mismo, propuesta por el ente demandado, acogiendo el derrotero establecido en la sentencia de unificación arriba citada.

En cuanto a la entrega de la dotación de uniforme y calzado de labor del periodo correspondiente a los primeros cuatro (04) meses del año 2013, a folio 23 del plenario obra Oficio N° 0101-10.02-711 del 5 de junio de 2014, expedido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía de Sincelejo, en el cual afirma que para el 30 de abril de 2013, la dotación reclamada se encontraba en el Almacén Municipal para ser entregada; y que para esa fecha el actor todavía laboraba con esa entidad.

De conformidad con lo señalado en la Resolución N° 2973 de 22 de agosto de 2003 expedida por el Alcalde del Municipio de Sincelejo, efectivamente el señor JAIRO MIGUEL MARTÍNEZ MARTÍNEZ laboró al servicio del ente demandado hasta el día 31 de mayo de 2013, por lo que ha debido reclamar la dotación causada; la obligación del empleador era hacer entrega de la misma dentro de los términos de ley, no como pretende el demandante, quien decidió no reclamarla para solicitar su compensación en dinero. Así las cosas, se declarará probada la excepción propuesta de inexistencia de la obligación a compensar la dotación” (sic).

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN⁴

La parte demandante inconforme con la sentencia de primera instancia, formuló recurso de apelación solicitando su revocatoria, argumentando lo siguiente:

“En cuanto a la sanción moratoria del pago tardío del auxilio de cesantías del periodo comprendido del año 2000 al 2006, el despacho aduce que esta se encuentra prescrita desde el año 2010, término que tenía el señor JAIRO MARTINEZ para hacer la reclamación administrativa y hacer efectivo la cancelación de la sanción moratoria del pago tardío del auxilio cesantías, sin embargo, el juez de primera instancia para fallar se basó en injerencias, omitiendo el deber legal de pedir pruebas de oficios a fin de esclarecer los hechos y contestación de la demanda, en cuanto al tipo y fecha de afiliación a un fondo de cesantías, pues, no pueden castigar a mi mandante por la omisión de su empleador de afiliarlo o cancelarle tardíamente las cesantías a un fondo de cesantías o en este caso a él directamente, ya que, el señor JAIRO MARTINEZ se dio cuenta de esta omisión al momento que lo notifican de la resolución No. 2973 de fecha 22 de agosto de 2013 y no anteriormente, por lo que, ejerció su derecho desde el momento que se notificó de esta resolución por concepto de liquidación definitiva, ya que, en ningún momento cuando mi mandante estuvo vinculado a la entidad demandada, esta o el fondo en que supuestamente estuvo afiliado en cesantías desde la fecha de su ingreso al cuerpo de bomberos hasta su desvinculación con la administración cumplieron con lo estipulado en el inciso 1 del artículo 104 de la ley 50 de 1990, el cual manifiesta: el empleador debe entregar al trabajador un certificado sobre la cuantía de la liquidación realizada con corte a 31 de diciembre de cada año, v teniendo en consideración que los Fondos administradores de cesantías están en la obligación de informar al afiliado, los saldos de su cuenta individual, certificado que nunca fue entregado al señor JAIRO MARTINEZ.

Así las cosas, no se puede imponer este castigo a mi mandante por la omisión que cometió el MUNICIPIO DE SINCELEJO, pues, dentro del plenario se acredito que el ente territorial no cumplió con la obligación de consignar oportunamente las cesantías causadas durante los años 2000 a 2006, ya que, en ningún momento cuando estuvo mi mandante vinculado a la entidad demandada, sin embargo, la parte demandada no aportó pruebas sobre la afiliación de mi mandante a un fondo de cesantías y asimismo, no se aportó los certificados anuales que hace referencia el artículo anteriormente mencionado, por lo que, era deber del a quo solicitarlo en pruebas de oficio como se lo dispone el artículo 169 y 170 del CG del P., las cuales, eran útiles para la verificación de los hechos relacionados en la demanda y no basarse en injerencias.

Según lo estipulado en el artículo 104 de la ley 50 de 1990, se puede afirmar que si el empleado conoce la liquidación anual que efectúa el empleador y el saldo de su cuenta individual de cesantías, y tiene conocimiento del hecho mismo de la consignación anualizada o la omisión de la misma por parte de su empleador, 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, sin embargo en el caso sub examine no se evidencio esta circunstancia, si no por el contrario, el señor JAIRO MARTINEZ MARTINEZ, mientras estuvo vinculado en la entidad demandada nunca se le notifico de tal situación, si no que tuvo conocimiento a partir de la liquidación definitiva de sus prestaciones sociales, es decir a partir de la resolución No. 2973 de fecha 22 de agosto de 2013, por lo que, desde esa fecha interpuso las reclamaciones administrativas solicitando el pago de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías.

Expuesto lo anterior, es imposible afirmar que el señor JAIRO MARTINEZ sea acreedor del fenómeno prescriptivo de la sanción moratoria desde el 2010, si tenemos en cuenta, que por culpa del empleador se enteró de la omisión de este, fue en el año 2013, por lo que, no estoy

⁴ Folios 136-137.

de acuerdo con las consideraciones del juzgado cuarto administrativo oral del circuito de Sincelejo, al declarar prescrito la totalidad del derecho, pues, si tomamos la tesis anteriormente planteada y la cual se encuentra probada en el proceso, el fenómeno prescriptivo de la sanción moratoria empieza a correr a partir del momento que fue desvinculado mi mandante, ya que fue en esta fecha que fue notificado de la mora de su empleador, por lo que, tiene derecho que el MUNICIPIO DE SINCELEJO, le reconozca la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía del periodo comprendido del año 2000 a 2006, teniendo en cuenta que dicho auxilio de cesantía fue cancelado directamente a mi poderdante en el año 2013, por lo que, mi andante tiene derecho que se reconozca y cancele la sanción moratoria.

En cuanto a la compensación en dinero de la dotación y calzado de labor del año 2013, el a quo manifiesta, que el señor JAIRO MARTINEZ MARTINEZ, no tiene derecho, aduciendo que fue mi mandante quien decidió no reclamarla para solicitar su compensación en dinero, hecho carece de veracidad, pues, el juez cuarto administrativo se basó simplemente en las alegaciones sostenida por la parte demandada y no en las pruebas que reposa en el plenario, ya que, observara señor magistrado que en el oficio de fecha 17 de enero de 2017 se le informa al señor JAIRO MARTINEZ, la voluntad de la administración de retirarlo del servicio activo por edad de retiro forzoso, siendo materializado a través del decreto No. 220 17 de abril de 2013 y notificado a través del oficio de fecha 17 de abril de 2013, por lo que resulta contrario a las manifestaciones sostenida por el apoderado de la parte demandada al afirmar que en el oficio de fecha 05 de junio de 2014 para el 30 de abril de 2013 la dotación del año 2013 se encontraba en el almacén para ser entregada y más aún cuando ni siquiera soporta tal aseveración con oficio de habersele notificado tal circunstancia a mi mandante, ya que, al 30 de abril de 2013 el señor JAIRO MARTINEZ estaba notificado del retiro de su cargo.

Así las cosas, se desvirtúa las consideraciones a que llego el a quo, pues, con las pruebas reposadas en el plenario se denota a simple vista que la administración en ningún momento notifico a mi mandante antes del 30 abril de 2013 para que se acercara al almacén a recibir su dotación sino hasta el 05 de junio de 2014, cuando mi mandante ya tenía más de un año de retirado, además consta oficios de antes del 30 de abril de 2013 la voluntad del ente demandado de desvincularlo de su cargo, así las cosas, no fue voluntad o mala fe del señor JAIRO MARTINEZ de no recibir la dotación, pues, para que reclamar una dotación de vestido y calzado de labor después de que fue desvinculado y notificado de esta en el oficio de fecha 05 de junio de 2014, de nada serviría un vestido de labor de un servidor público a un desvinculado, por tal motivo la ley estipulo la compensación en dinero”

1.5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA – CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁵.

Admitido el recurso de apelación se corrió traslado a las partes para alegar, oportunidad en la cual, la parte demandante concurre, solicitando nuevamente se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando que la prescripción solo tiene lugar a la partir de la finalización de la relación laboral y por tanto para el caso de la sanción moratoria reclamada no era aplicable; reiterando además las razones expresadas en el recurso de apelación en lo relacionado con el derecho a la dotación.

Por su parte, el Municipio de Sincelejo, solicitó se confirme la sentencia de primera instancia pues el fallo se encuentra ajustado a derecho y a las pruebas obrantes en el

⁵ Folios

expediente, puesto que al actor le prescribió el derecho a la sanción moratoria el 15 de febrero de 2010 y la reclamación se dio el 4 de abril de 2014, expresando que la dotación siempre estuvo disponible razón por la cual no había lugar a compensación alguna como lo declaró el a quo. El delegado del Ministerio Público, no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA. El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente asunto, según lo establecido en el artículo 153 del CPACA. No se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo de la Litis.

2.2. CUESTIÓN PREVIA. IMPEDIMENTO MANIFESTADO POR EL MAGISTRADO RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY.

El magistrado RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY, presentó memorial en cual expone que se considera impedido para participar en el debate del presente asunto, como quiera que su esposa es contratista del Concejo Municipal de Sincelejo de Sincelejo – Sucre, lo cual encuadra en la causal establecida en el numeral 4 del artículo 130 de la Ley 1437 de 2011.

El mismo, se estima no configurado por las siguientes razones:

El Concejo Municipal como órgano coadministrador, carece de personería jurídica y procesal para comparecer por sí mismo a un proceso, y por tanto, su representación legal corresponde al respectivo ente territorial, de conformidad con el artículo 314 de la Constitución Política. Sumado a lo anterior, el artículo 51 de la Ley 179 de 1994, faculta, entre otros, al presidente del respectivo órgano (Concejo), para que contrate y comprometa a nombre de la persona jurídica de la cual hace parte, las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección.

El artículo 51 de la Ley 179 de 1994, dispone:

*"Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, **tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley.** Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las disposiciones legales vigentes".*

En la sección correspondiente a la Rama Legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de

Representantes; igualmente, en la Sección correspondiente a la Rama Judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

*En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y **Concejos**, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica.*

En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación”.

De acuerdo con lo expuesto, el argumento traído a colación con miras a la declaratoria de impedimento, no puede entenderse como una eventualidad predicable para conocer del asunto, ya que si bien es cierto que la cónyuge del H. Magistrado Rufo Carvajal es asesora externa del Concejo Municipal de Sincelejo, en el caso concreto, esta Corporación no hace parte de la Litis, como tampoco se le ha conferido poder para actuar dentro del presente asunto, por tanto, no guarda relación con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.

A lo anterior se agrega que, si bien es cierto Concejo Municipal por carecer de personería jurídica no puede ser parte en el proceso, sino que deba comparecer en juicio por conducto del ente territorial, ello no implica que sea el municipio de Sincelejo quien ocupe el lugar de parte, dentro del proceso.

Por lo antepuesto, es un hecho que el vínculo contractual de la cónyuge del H. Magistrado Rufo Carvajal, por sí solo no constituye impedimento, como quiera que no implica poder decisorio, ni tampoco se advierte que hubiera intervenido en el asunto representando al Concejo, por ello, no se afecta la serenidad ni la imparcialidad necesaria que debe acompañar al H. Magistrado. En consecuencia, no se encuentra acreditado el supuesto impedimento, lo que conlleva indefectiblemente a no aceptar el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 130 de la Ley 1437 de 2011 y el Art. 141 del C.G.P.

Determinado, lo anterior, pasa la Sala en consecuencia a establecer el problema jurídico y la respuesta del Tribunal al mismo.

2.2.1. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Con fundamento en los reparos del recurso de apelación, entrar el Tribunal a dilucidar, si le asiste al demandante el derecho al reconocimiento y pago de la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, reclamada por la no consignación de las cesantías anualizadas correspondientes a los 2000 a 2006.

Asimismo, se establecerá, si el actor tiene derecho a que le compensen en dinero la dotación correspondiente a calzado y vestido de labor, por el periodo enero – abril del año 2013.

2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.

3.1. DEL AUXILIO DE CESANTÍAS Y LA PROCEDENCIA DE LA SANCIÓN MORATORIA POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS CONSAGRADA EN EL NUMERAL 3° DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990 PARA LOS EMPLEADOS DEL ORDEN TERRITORIAL. APLICACIÓN DE PRESCRIPCIÓN.

Frente al primer ítem, la Sala considera que no hay lugar al reconocimiento de la Sanción Moratoria pretendida con fundamento en los siguientes argumentos:

El auxilio de cesantías desde su consagración como derecho prestacional de los empleados, sin considerar si son públicos o de sector privado fue concebida bajo la idea que el trabajador cesante, esto es, quien ha dejado de laborar cualquiera sea la causa⁶, tenga como solventar sus necesidades básicas, hoy diríamos mínimo vital, en caso de desempleo. Esto es, no es un seguro de desempleo, pero si fue considerada como un remplazo o ahorro diferido del salario para efectos de la cesación de trabajo, mientras logra reingresar a la fuerza laboral⁷. Por tal razón, se ha considerado que la exigibilidad del derecho viene dada por la desvinculación laboral del empleado, esto es, por la terminación de la relación empleaticia.

En su regulación inicial, se le dio connotación indemnizatoria para luego pasar a prestación social⁸, que como un derecho que se causa por la prestación de servicios personales subordinados a razón de un mes de salario por cada año de servicio, y proporcional al tiempo de servicios, siendo liquidada con el último salario devengado y

⁶ Excepto en los casos excepcionales de pérdida del derecho.

⁷ El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 18 de enero de 1951, con ponencia del Consejero Baudilio Galán Rodríguez, actor: Julio C. Gaita; demandado: Caja Nacional de Previsión Social, señaló: *“El objeto primordial de esa prestación era la de que el empleado u obrero pudieran atender a su subsistencia, al menos momentáneamente, mientras conseguía nueva ocupación. De ahí su nombre inicial auxilio de cesantía, que aún perdura, a través del completo cambio de legislación, y que resulta impropio y anacrónico, como se demostrará más adelante, en el curso de esta providencia. Fue la Ley 6ª de 1945, siguiendo el derrotero que ya había trazado el Decreto legislativo 2350 de 1944, la que estableció el derecho de cesantía, impropriamente llamado auxilio para los trabajadores oficiales, ya en forma general y constante. Como fácilmente puede comprenderse, estas disposiciones cambiaron sustancialmente la índole de la cesantía. Ya no se trataba del auxilio, gracia o indemnización que se consagraba para el personal trabajador de buena conducta como una defensa contra el despido injusto y como una sanción contra el patrono, sino como un derecho generador de un bien patrimonial, que se consolidaba en cabeza del trabajador por un lapso trienal de servicio, exigible a la terminación del contrato, cualquiera que fuere la causa de esa terminación, así el retiro voluntario, como la mala conducta, la enfermedad, etc.”*

⁸ A partir de la ley 65 de 1946.

se paga a la terminación de la relación laboral⁹. A esta forma de liquidar el auxilio de cesantías se le ha denominado retroactivo o tradicional.

Al lado de dicho forma de liquidación, y decimos forma de liquidación porque el derecho es el mismo, en el año de 1990 con la ley 50 del mismo año, se introdujo el sistema anualizado, que consiste en liquidar a 31 de diciembre de cada año el valor de las cesantías causadas y consignarlas en un fondo administrador de cesantías a más tardar el 15 de febrero de la anualidad siguiente a la que se liquide, pero sin afectar la naturaleza en que estaba inspirada la prestación social, esto es, servir de ayuda, apoyo o socorro monetario para cuando el trabajador se quede sin empleo.

Ahora bien, en el sector público territorial coexisten varios regímenes de liquidación de cesantías de los empleados públicos, cada uno de los cuales se **aplica de manera integral en virtud del principio de inescindibilidad**, así:

1.- Régimen de Cesantías con Retroactividad, que se rige por la ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996. En este sistema no hay lugar al pago de intereses.

2.- Régimen Administrado por el Fondo Nacional de Ahorro, desarrollado en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la ley 432 de 1998 que regula a los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo¹⁰.

⁹ En el orden territorial, la cesantía continuó bajo los lineamientos de la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946 y Decreto 1160 de 1947 que contemplan su pago de manera retroactiva.

¹⁰ Mediante el Decreto 3118 de 1968 *“Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones”* reorganizado por la Ley 432 de 1998, con el objetivo de administrar de manera eficiente las cesantías y contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, con el fin de mejorar su calidad de vida, convirtiéndose en una alternativa de capitalización social, consagró en el artículo 27 y 49 la liquidación anual de las cesantías que se causen por los empleados públicos afiliados a este fondo, en los siguientes términos:

“Artículo 27º.- Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

Artículo 49º.- Consignaciones anuales. La Nación, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado deberán consignar en el Fondo Nacional de Ahorro las cesantías que a partir del 1 de enero de 1969 se causen en favor de sus empleados y trabajadores.

3.- Régimen de Liquidación de Cesantías por Anualidad, creado por la ley 50 de 1990, con la creación de los Fondos Administradores de cesantías y trajo consigo la liquidación anualizada del auxilio de cesantías, el pago de intereses del 12%, sobre el valor de las cesantías y la obligación en vigencia de la relación laboral de consignarlas hasta antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente en que se causen.

Este sistema de cesantías, trae la aplicación de una **sanción moratoria por falta o retardo en la consignación del auxilio de cesantías de los servidores en los fondos privados**, la cual se encuentra regulada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, así:

“Ley 50 de 1990, artículo 99: El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

- 1. 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 que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*
- 2. 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.*
- 3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo”.*

La indemnización que en principio se estableció para los empleados del sector privado o particulares, se le amplió su radio acción al sector público con la expedición y entrada en vigencia del artículo 13 de la Ley 344 de 1996; norma que dispone:

“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.”.*

Disposición reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, en los siguientes términos:

Lo dispuesto en el inciso anterior se cumplirá de la siguiente manera:

- a. Mensualmente, las entidades en referencia deberán depositar en el Fondo una doceava parte del valor de los pagos en favor de su empleados y trabajadores por salarios y demás conceptos que se incluyan dentro de la base para liquidar al auxilio de cesantía, y
- b. Dentro de los primeros tres (3) meses de cada año, las referidas entidades depositarán en el Fondo la diferencia que resulte entre la liquidación de que trata el artículo 27 y las sumas depositadas en desarrollo del literal anterior; o tendrán derecho a que el Fondo les abone en cuenta el exceso de lo depositado sobre la liquidación.”

“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.”

A partir de este momento, se abre la posibilidad para que a los empleados públicos se les liquide a 31 de diciembre de cada año el valor generado por las cesantías y se les consigne en un fondo administrador de cesantías a más tardar el 14 de febrero de la anualidad siguiente a la que se causen, generándose en su favor, el pago de intereses de cesantías correspondientes al 12% anual.

De la misma forma, la norma contempla una sanción consistente en un día de salario por cada día de retardo, para el empleador que consigne las cesantías más allá del plazo de gracia concedido para el efecto.

En ese orden, se estableció de forma imperativa la aplicación inmediata de este sistema de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996, pero aclarando que no opera de forma automática para quienes venían vinculados al servicio con anterioridad a dicha fecha.

Por ello, el Decreto 1582 de 1998, previó que los servidores públicos territoriales beneficiarios del régimen de liquidación retroactiva del auxilio de cesantías, esto es, los que venían laborando como servidores públicos antes del 31 de diciembre de 1996, podrían:

1. Acogerse al nuevo sistema de liquidación anual.
2. Manejar sus cesantías retroactivas a través de los fondos privados, sin perder su sistema de liquidación tradicional.

En el primer evento, el sometimiento al sistema de liquidación anual, involucra la aplicación de la sanción moratoria por retardo en la consignación de las cesantías, a razón de un día de salario, al tenor de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sanción que opera por el simple transcurso del tiempo, sin necesidad de establecer si existe o no mala fe del empleador público incumplido¹¹.

Se precisa que para quienes aplica el régimen anualizado de cesantías, la no manifestación del Fondo al que se debe hacer la consignación no exime de responsabilidad al empleador público frente al incumplimiento de la obligación impuesta

¹¹ Al respecto, CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A. Sentencia del 11 de mayo de 2017. Expediente: 230012333000201200097-01 N.º Interno: 1059-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Vicente Gregorio Álvarez Morales Demandado: Municipio de San Andrés de Sotavento. C.P. WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ.

por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable por virtud, como se vio de la ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998¹².

En el segundo caso, simplemente opera un cambio de administración del dinero ahorrado por cesantías, pero sin perder la retroactividad y por ende no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; conclusión que se extrae de lo señalado claramente en el artículo 2º del Decreto 1582 de 1998¹³, el cual literalmente reza:

“Artículo 2º.- Las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990 podrán administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial que se encuentran bajo el sistema tradicional de retroactividad, es decir, de los vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996.

La afiliación de los servidores públicos territoriales a un fondo de cesantías en el evento previsto en el inciso anterior, se realizará en virtud de convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados fondos, en los cuales se precisen claramente las obligaciones de las partes, incluyendo la periodicidad con que se harán los aportes por la entidad pública, y la responsabilidad de la misma por el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías.

Parágrafo.- En el caso contemplado en el presente artículo, corresponderá a la entidad empleadora proceder a la liquidación parcial o definitiva de las cesantías, de lo cual informará a los respectivos fondos, con lo cual éstos pagarán a los afiliados, por cuenta de la entidad empleadora, con los recursos que tengan en su poder para tal efecto. Esto hecho será comunicado por la administradora a la entidad pública y ésta responderá por el mayor valor en razón del régimen de retroactividad si a ello hubiere lugar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996.

En el evento en que una vez pagadas las cesantías resultare un saldo a favor en el fondo de cesantía, el mismo será entregado a la entidad territorial”.

Así lo ha manifestado, el H. Consejo de Estado en providencia del 24 de julio de 2008, señalando al efecto:

“CESANTIAS DE SERVIDORES PUBLICOS DEL NIVEL TERRITORIAL – Normatividad aplicable / CESANTIAS DE SERVIDORES PUBLICOS DEL NIVEL TERRITORIAL - Regímenes de liquidación. El decreto 1582 de 1998 regula tres situaciones respecto del régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial: Primero, la de los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que no es el caso de la actora pues esta ingresó a la administración distrital el 20 de febrero de 1979, a quienes se les dio la posibilidad de afiliarse a los fondos privados de cesantías y quedar gobernados por los artículos 99, 102 y 104 de la ley 50 de 1990 o afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro y regirse por el artículo 5º de la ley 432 de 1998 (artículo 1º). Segundo, la de los servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidieron acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, que tampoco es la situación de la demandante, pues no obra escrito suyo en el

¹² Ibídem.

¹³ Los artículos 2 del Decreto 1252 de 2000 y 3 del Decreto 1919 de 2002, señalaron que a la fecha de entrada en vigencia de una y otra disposición estuvieran gozando del régimen de retroactividad de cesantías seguirían manteniendo el mismo.

*que expresamente renuncie a la retroactividad (artículo 3º). Tercero, la de los servidores públicos del nivel territorial cobijados por el sistema tradicional de retroactividad, esto es, los vinculados antes de la expedición de la ley 344 de 1996, a quienes se les dio la opción de afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro, caso en el cual los aportes al mismo se realizan por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6º de la Ley 432 de 1998; o de afiliarse a las entidades administradoras de cesantías creadas por la ley 50 de 1990, en orden a que estas “administren” en cuentas individuales los recursos para el pago de sus cesantías (artículos 1, parágrafo, y 2º). **Debe entenderse que quien se acoge a esta última opción no pierde el beneficio de la retroactividad; simplemente lo que opera es un cambio de administrador para el manejo de la prestación pues tal función deja de ser prestada por la entidad empleadora o el fondo público de cesantías para pasar a ser ejercida por un fondo privado**”¹⁴ (negrillas fuera del texto)*

Por consiguiente, aquellos trabajadores beneficiarios de retroactividad, esto es los vinculados con anterioridad a la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, que decidan acogerse a liquidación anual, para que se les pueda aplicar el reconocimiento de la sanción moratoria, es menester la prueba irrestricta de la manifestación expresa de acogerse al régimen de liquidación anual de cesantías, esto es, no basta la simple afiliación o manejo de las cesantías por parte de un fondo privado, sino que es necesario que el servidor público cambie el régimen de cesantías, del retroactivo al anual, tal como lo ha señalado la Sección II Segunda Subsección B del Consejo de Estado en sentencia del 3 de diciembre de 2009:

“Esta instancia deberá centrar el estudio de la controversia a las razones de la impugnación, concretamente si para el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es necesario que demuestre el peticionario, vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, haber manifestado a la entidad territorial su deseo de trasladarse del régimen retroactivo al régimen anualizado. En caso positivo, cuál el medio idóneo para probar tal manifestación”, se concluyó: “Así las cosas, la respuesta al problema jurídico planteado es positiva, es decir que si se pretende reclamar la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías anuales, es necesario que se demuestre haber manifestado a la entidad el deseo de trasladarse al nuevo régimen de cesantías; y aunque de manera estricta no se puede catalogar de solemne la prueba, si es claro que el único medio idóneo es la comunicación que en este sentido debe necesariamente dirigir y radicar en la entidad el empleado, pues como quedó visto en el marco normativo, efectuada esta manifestación la administración tiene que proceder a liquidar y a consignar los valores correspondientes en el fondo privado que el empleado elija, o en su defecto el que la administración escoja”¹⁵.

Postura que se reafirma por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en sentencia 11 de febrero de 2016, al señalarse que la sanción moratoria no procede a los empleados públicos que sean beneficiarios régimen retroactivo de cesantías y además quien siendo de régimen retroactivo se afilie a un fondo administrador privado de cesantías, ello no conlleva el cambio de régimen del retroactivo al anualizado, porque para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado del

¹⁴ Consejo de Estado Sección Segunda, en providencia del 24 de julio de 2008, expediente No. 25000-23-25-000-2001-00798-01(2471-04)

¹⁵ Sentencia del 3 de diciembre de 2009, expediente No. 19001-23-31-000-2004-02143-01(2230-08). Sección II. C. P. Gerardo Arenas Monsalve. Se puede consultar igualmente, sentencia del 11 de julio de 2013, Consejo de Estado, Sección II, expediente No. 70001233100020080012601(025912). Igualmente expediente No. 190012331000200402139 01 No. INTERNO 0110-09.

servidor territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, es preciso que le manifieste expresamente a la administración dicha determinación, de no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan solo implica el cambio de administrador de dichos recursos¹⁶.

En la misma línea de pensamiento, en sentencia del 19 de mayo de 2016, se expresó:

“Valga advertir que a pesar de la certificación previamente aludida, en que consta la afiliación de la demandante a Colfondos, en el expediente no obra prueba alguna de que hubiera informado a su empleador -municipio de Soledad- su interés en el traslado o cambio de régimen.

Al respecto, es necesario hacer énfasis en que de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998, los servidores públicos vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996, cobijados por el régimen de retroactividad de cesantías, como el caso de la demandante, quien se vinculó a la administración municipal desde el año 1992, tenían la posibilidad de cambiarse de régimen, pero ese cambio no operaba en forma automática por el solo hecho de la creación del régimen anualizado, sino que tenía que mediar la voluntad del empleado, para acogerse al mismo.

Y, esa decisión necesariamente debía ser puesta en conocimiento del empleador, pues era éste quien debía adelantar las gestiones encaminadas a liquidar los valores debidos con fundamento en el régimen de retroactividad y a partir de allí, empezar a realizar las liquidaciones anualizadas, en la forma y términos que dispuso la Ley 344 de 1996 y complementarias.

Sin embargo, y a pesar de la prueba de afiliación de la demandante al fondo privado Colfondos, no está demostrado que hubiera manifestado a su empleador la decisión de cambiar de régimen; por ende, no se puede afirmar que tal cambio se hubiera materializado, máxime cuando según lo certificó el Secretario de Talento Humano⁸ y como se señaló en el acto acusado, la demandante se encontraba inmersa en el régimen de retroactividad de cesantías y no se tuvo conocimiento de su traslado a otro régimen”¹⁷

Nuevamente se pronuncia el 16 de junio de 2016, el H. Consejo de Estado sobre el cambio de régimen de liquidación de cesantías y sus requisitos para que opere, determinando que el solo hecho de afiliarse a un fondo de cesantías privado no conlleva el cambio de régimen del retroactivo al anualizado. De forma conclusiva expuso entonces el Alto Tribunal:

“Así las cosas, y como quiera que el Decreto 1582 de 1998 prevé que el régimen contemplado en la Ley 344 de 1996, es para los servidores vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, y además que su aplicación para quienes se vincularon con anterioridad a esta fecha solo opera para aquellos que decidan acogerse al mismo, debe precisarse que para el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado es necesario que el servidor territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, manifieste expresamente a la administración dicha determinación⁵. De no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan solo implica el cambio de administrador de dichos recursos.

En conclusión

¹⁶CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda Subsección A. Radicado No. 08001-23-31-000-2011-00752-01(1528-14). C. P William Hernández Gómez.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección II, Subsección A, Radicado No. 08001 23 31 000 2011 01152-01 (0761-15)

Para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado, el servidor público del orden territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, debe manifestar expresamente a la administración su voluntad en ese sentido”¹⁸

La Corte Constitucional en sentencia C – 428 de 2004, sobre la posibilidad de aplicación del sistema anualizado a trabajadores cobijados por régimen de retroactividad, consideró:

*“...Con la salvedad hecha sobre beneficios incontrovertibles para los trabajadores, los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorios para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquélla en pleno vigor, y, en consecuencia, **excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma.** Respecto de ellas, el único que puede optar por incorporarse al régimen posterior, pudiendo permanecer en el antiguo, es el empleado, libre de toda coacción externa y bajo el supuesto de su mejor conveniencia.”*

Requisito que acorde a la Sentencia C- 859 de 2008 de la Corte Constitucional no puede entenderse como arbitrario ni caprichoso. Dijo entonces, la Corte haciendo referencia al artículo 114 de la ley 100 de 1993:

“El requisito de la comunicación escrita para efectos del traslado de régimen de cesantías, no se revela como arbitrario o desproporcionado, pues, de una parte, no conlleva discriminación para quienes se acogen a la Ley 50 de 1990, dado que evidentemente su situación es distinta de quienes optan por trasladarse de régimen pensional; y de otra, tampoco implica desconocimiento del principio de buena fe, ya que debe presumirse que los trabajadores que manifiestan por ese medio su decisión de cambiar de régimen de cesantías, están actuando lealmente con su empleador y con la entidad administradora de esos recursos, y también lo hacen de manera libre, espontánea y sin presiones, ponderando las consecuencias patrimoniales de su decisión”¹⁹.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección II, Subsección A. Radicado 080012331000201100717 01 (4586-2015).

¹⁹ Igualmente dispone la decisión de constitucionalidad: “Bajo estas premisas resulta claro entonces que, contrariamente a la opinión del actor, el inciso segundo del artículo 114 de la Ley 100 de 1993 no vulnera el principio de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales consagrado en el artículo 53 superior, toda vez que su contenido normativo nada dispone en relación con los efectos del tránsito legislativo en materia de cesantías operado en virtud de la Ley 50 de 1990, sino simplemente consagra un formalismo para efectos de hacer efectivo el derecho de optar por el nuevo régimen allí regulado, facultad que según se explicó fue hallada conforme con el actual ordenamiento superior por la Corte Suprema de Justicia cuando fungía como juez de la Carta.

Ese requisito para hacer efectivo el traslado de régimen de cesantías de los trabajadores que gozan de esa prerrogativa, consiste en la comunicación escrita que el inciso primero de la referida norma exige a quienes se trasladan, por primera vez, del régimen pensional de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, siempre que sea rendida ante notario público o, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar.

Entonces es equivocado sostener, como lo hace el actor, que el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 autoriza la renuncia de derechos adquiridos, pues, se repite, sencillamente establece un requisito obligatorio para los trabajadores vinculados con los empleadores hasta el 31 de diciembre de 1990, que voluntariamente decidan trasladarse al régimen especial de cesantía previsto en la Ley 50 de 1990, consistente en la presentación de una comunicación rendida ante notario, cuyo único objetivo es hacer efectivo dicho traslado”

En consecuencia, el sólo hecho de la afiliación a un fondo administrador de cesantías, no constituye prueba del cambio de régimen, porque en caso que un servidor con sistema de liquidación tradicional se afilie a un fondo privado, lo que simplemente se presenta, tal como líneas antes se expuso, es un canje en la administración del dinero de las cesantías, más no de forma de liquidación, pues para ello, se requiere la prueba irrestricta de la petición de cambio de forma de liquidación²⁰.

Así las cosas, quien siendo beneficiarios del régimen de liquidación tradicional de cesantías no manifieste su intención de cambiar de régimen de liquidación, no se encuentran amparados por la sanción moratoria traída por la Ley 50 de 1990 en artículo 99, extendida por la Ley 344 de 1996.

- **LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES Y DE LA SANCIÓN MORATORIA.**

Las obligaciones derivadas de la relación de trabajo, bien sean de carácter salarial o pensional, deben ser reclamadas dentro de los 3 años siguientes a su causación, sino prescriben tales derechos. La institución es definida como una acción o efecto de *“adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley”²¹ o en otra acepción como “concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo”*.

En pronunciamientos reiterados de la doctrina y la jurisprudencia se ha señalado que la prescripción *“es tener por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado (...) Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva de no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular”*.

Al respecto, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 del Decreto Nacional 1848 de 1969, prevé la prescripción de las prestaciones sociales, en los siguientes términos:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

²⁰ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Labora, en sentencia del 6 de septiembre de 1999, al respecto expreso: *“... el cambio de régimen de cesantía únicamente supone la expresión escrita de la voluntad del trabajador recibida por el patrono y este acto, conforme a las reglas propias de las declaraciones de voluntad (C.C, artículo 1502), solo podría ser invalidado judicialmente si se demuestra que no reunió los supuestos generales relativos a la capacidad, al consentimiento libre de vicios y al objeto y la causa lícitos”*. Radicado No. N° 11909. Magistrado ponente: Dr. Francisco Escobar Henríquez

²¹ Citado por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”- sentencia del 9 de mayo de 2013. Expediente No. 08001233100020110017601- Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

El simple escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”

Y ante la ausencia de norma que regule la figura de la prescripción frente a otros derechos laborales, bien sea salariales o de carácter pensional, se aplica por analogía el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que establece:

“Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán **desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible**. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o una prestación debidamente determinado, interrumpirá la Prescripción pero solo por un lapso igual”.
(Texto original sin negrillas).

La Corte Constitucional en sentencia C-745 de 1999, al respecto expresó:

“En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades²², ha realizado el Consejo de Estado, también sostiene que el término de prescripción para el cobro de salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo para los trabajadores al servicio del Estado es el que consagran los artículos 488 del CST, 151 del CPL y 41 del Decreto 3135 de 1968, esto es, un término de tres años para todos los casos, pues “la prescripción establecida en el citado artículo 151 [del Código de Procedimiento Laboral] se refiere a las acciones que emanen de las leyes sociales, en un sentido general, lo que quiere decir que comprende no sólo las acciones que se refieren a los trabajadores particulares sino también a los que amparan a los servidores oficiales”.

En lo referente el momento en el cual se debe comenzar a contar el término de prescripción, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de noviembre 19 de 1999, expediente No. 15096, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, ratifica lo anterior cuando señala:

*“... Hallándose definido por la Jurisdicción Contencioso Administrativa que la dotación de vestido y calzado a los servidores estatales, ostenta el carácter de prestación social, en orden a definir la validez de la reclamación de esta prestación por parte del actor, se requiere precisar que salvo la consagración del fenómeno prescriptivo de la acción de reclamación de los derechos sociales, que se da cuando su satisfacción se requiere después de transcurrido tres años, **contados a partir de la fecha en que la obligación se hizo exigible**, en el ordenamiento jurídico ...”(Texto original sin negrillas) .*

Sobre la prescripción de la sanción moratoria, preciso es citar lo señalado en sentencia del 20 de octubre de 2014, se expuso:

“SANCION MORATORIA – Prescripción / PRESCRIPCION SANCION MORATORIA – Se causa desde el día siguiente a aquél en que se incumple el deber de consignar en la cuenta individual del trabajador / TERMINACION RELACION LABORAL – No incide

²² Pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la sección segunda del Consejo de Estado del 28 de marzo de 1960, del 24 de febrero y julio 1 de 1961, del 21 de septiembre de 1982, del 2 de diciembre de 1982. Igualmente, la sentencia del 19 de noviembre de 1982 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

para el pago el termino de prescripción del auxilio de cesantía / SANCION MORATORIA No condiciona la causación al pago efectivo de la prestación. Aunque la mora en la cual incurrió la Contraloría Distrital de Barranquilla empezó a correr desde los días 16 de febrero de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007 y la misma cesó el 12 de mayo de 2010, la solicitud de pago de la referida sanción tan solo se cursó ante el mencionado órgano de control el 5 de noviembre de 2009, configurándose de forma parcial el fenómeno de prescripción del derecho. E numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que contiene la sanción moratoria solicitada, no condiciona la causación de tal derecho al pago efectivo de la prestación, ni mucho menos al retiro del empleado. Se insiste, la obligación de pago de la sanción moratoria no surge a partir de la cancelación efectiva de la cesantía ni de la terminación de la relación legal y reglamentaria, como parece entenderlo el apelante, sino que ella se causa desde el día siguiente a aquél en que se incumple con el deber de consignar el valor que corresponda en la cuenta individual del trabajador, a razón de un día de salario por cada día de retardo”²³

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en **Sentencia de Unificación** del 25 de agosto de 2016, acogió el criterio anterior, señalando que efectivamente el término de la prescripción de las cesantías y de la sanción moratoria por no consignación de cesantías anualizadas, corren por separado, no dependiendo este último de la vigencia o no de la relación laboral pública, pues es autónoma y no está ligada al derecho principal y se puede reclamar de forma independiente, sino de la fecha en que se configura el incumplimiento de la obligación que genera la sanción, siendo la norma aplicable el artículo 151 del C. P. L y de la S. S.

En punto de lo anterior, la Sentencia de Unificación, señaló:

“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 1 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.

²³ Ver asimismo, sentencia del 19 de mayo de 2016, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A. Expediente No. 08001-23-31-000-2011-00812-01(3855-14. C. P. Gabriel Valbuena Hernández.

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”²⁴

Así las cosas, el estado actual de la línea decisional de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado y por ende la sub regla jurídica vigente de la Corporación Suprema de lo Contencioso Administrativo y precedente aplicable²⁵, que la prestación social se debe pagar el 14 de febrero de cada año, a partir del día siguiente a que se cause el derecho, se empieza a causar la sanción moratoria y el trabajador debe solicitarle el pago a la administración de manera oportuna so pena de prescripción trienal de las sumas que no haya reclamado en el momento preciso, puesto que la exigibilidad del derecho, marca igualmente el conteo de la prescripción.

En sentencia del 19 de enero de 2017, la Sala Laboral del H. Consejo de Estado, en relación con la exigibilidad de la sanción moratoria regulada por la Ley 50 de 1990, señaló:

“En lo concerniente a aquella contemplada en la Ley 50 de 1990, por imperio de norma y en virtud del criterio unificador de la Sección Segunda, su exigibilidad 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)”.

En tal sentido, no es posible considerar que la prescripción de la sanción solo se contabiliza a partir de la terminación del vínculo laboral; argumento con el cual comulga esta Sala, amén del obedecimiento a dicha decisión de unificación como precedente judicial.

- **CONCLUSIONES:**

Visto lo anterior, en el presente asunto, encuentra la Sala que el actor se encuentra cobijado por el régimen de cesantías anualizadas, por la fecha de ingresó al servicio público, que lo fue conforme las documentales obrantes a folios 7, 8 y 76-79, el **2 de noviembre de 2000**²⁶.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA SALA PLENA, Sentencia del 15 de agosto de 2016, Radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C. P. Luis R. Vergara Q. Ver reiteración en sentencia del 12 de octubre de 2016, Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente No. 08001233100020120009101 (18992014).

²⁵. Sentencia T- 292 de 2006. Citada por Manuel Fernando Quinche Toro, en su texto, “el precedente judicial y sus reglas”. Página 38. Ediciones doctrina y ley.

²⁶ Ver asimismo, certificado de tiempo de servicios y salarios obrante a folio 1014.

Debe precisar la Sala que para quienes sean beneficiarios del régimen de liquidación anualizada de cesantías y por ende se les aplique la sanción moratoria por falta de consignación o retardo en la consignación, no es requisito para que esta última se genere que el empleado dirija comunicación alguna al empleador sobre el Fondo Privado en donde debe realizar el depósito, puesto que en caso de que ello, no se dé, el empleador público debe proceder a elegir directamente el Fondo Privado Administrador, consignar las cesantías e informar de dicha situación a su empleado, situación que es distinta a la que ocurre cuando se da el cambio de régimen de liquidación de cesantías del retroactivo al anualizado.

La sanción opera por el simple transcurso del tiempo, esto es, vencimiento del plazo para consignar, sin que sea necesario determinar si existió o no mala fe del empleador público incumplido, toda vez que el legislador no previó para su causación supuesto diferente a aquel, determinado en la ausencia de consignación dentro del plazo estipulado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (14 de febrero) de los valores anualizados de cesantías causados a 31 de diciembre por parte del empleador²⁷.

Ello, como quiera que la indemnización en estudio, se concibe como un instrumento persuasivo para evitar la evasión en la consignación de las cesantías dentro del régimen de liquidación anualizado, y asimismo como una sanción tarifada a cargo del empleador incumplido, y en favor del empleado para precaver los daños que se causan con la sola conducta de consignar con posterioridad al 14 de febrero.

En esa misma línea, la omisión por parte del empleado en manifestar la escogencia de fondo administrador de cesantías, no exime al empleador público del cumplimiento de la obligación, ya que deberán ser consignadas las cesantías en Fondo Privado que para el efecto será escogido por la entidad pública a falta de decisión del empleado oficial, como tampoco de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998.

En orden de lo expuesto, se logra advertir, aplicando las premisas jurisprudenciales descritas en los acápites previos, que el actor reclama la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías de los años 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006 en un fondo de privado, derecho que le asistiría por cuanto se aprecia probatoriamente que las cesantías de dichos años, nunca le fueron consignadas en fondo privado, sino pagadas directamente, tal como lo confirma la Resolución No. 2973 del 22 de agosto

²⁷ Se puede consultar, CONSEJO DE ESTADO, Sección II, Subsección A, sentencia del 26 de junio de 2008, radicación número: 76001-23-31-000-2005-03190-01(2057-07). C. P. Gustavo Gómez A.

de 2013; de no ser, porque las mismas tal como estimó el juez de primera instancia, se encuentra afectadas por la prescripción.

En efecto, en párrafos anteriores se describió que la exigibilidad del derecho a la sanción moratoria marca momento en que se inicia el conteo de la prescripción, que conforme las reglas de la Ley 50 de 1990, es el 15 de febrero de la anualidad siguiente al año generado.

Así entonces, tomando como punto de partida, que la última cesantía anualizada del actor corresponde al año 2006, esta debió consignarse a más tardar el 14 de febrero de 2007, luego entonces, los tres años de prescripción se cuentan desde el 15 de febrero de 2007, configurándose los tres años, el 15 de febrero de 2010 y como quiera que la reclamación en sede administrativa fue elevada el 4 de abril de 2014, la misma está por fuera de los términos para que evitar que la misma se consolidara, debiendo reiterar esta Sala, que la existencia del vínculo laboral impide la prescripción de las cesantías, más no de la sanción moratoria por no consignación, dado que corren por separado y responden a exigencias normativas y de seguridad jurídica diferentes.

La Corte Constitucional ha expresado en sentencia C – 412 de 1997, que *“No se quebranta el derecho de los trabajadores, ni los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 superior, sino que por el contrario, se limita en forma razonable y lógica a establecer que el reclamo del trabajador con respecto a un derecho determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez a partir de la recepción por parte del patrono del respectivo reclamo. Tampoco se contradicen dichos principios, porque la finalidad que persigue el legislador en el asunto materia de examen, es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, y de otro lado, determinar el lapso de interrupción de la prescripción en materia laboral”²⁸.*

Así las cosas y dando respuesta al primer reparo del recurso de apelación, el actor le prescribió el derecho a la sanción moratoria por no consignación de sus cesantías anualizadas, razón por la cual en este tópico se confirmará la sentencia de primera instancia, que no accedió a la misma.

3.2. DEL DERECHO A LAS DOTACIONES EMPLEADOS DEL ORDEN TERRITORIAL. COMPENSACIÓN EN DINERO A LA FINALIZACIÓN DE VÍNCULO LABORAL. PERDIDA DEL DERECHO.

El segundo reparo del recurso de apelación es la existencia o no del derecho a la compensación en dinero de las dotaciones que debieron ser entregadas al actor en el

²⁸ Igualmente ver sentencia C- 227 de 2009.

mes de abril de 2013, puesto que la relación laboral finalizó el 30 de mayo de 2013, bajo la causal de retiro forzoso por edad y no le fue entrega en vigencia de la misma.

La dotación es una prestación social consistente en la entrega gratuita y material de un vestido y un calzado a cargo del empleador y para el uso del servidor en las labores propias del empleo que se ejerza.

Como prestación social para los empleados del sector público, tuvo su primera consagración legal en la ley 70 de 1988, pero circunscribiendo el derecho a los servidores públicos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, esto es, se circunscribió el derecho a los empleados del sector o nivel Central.

“Artículo 1. Los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales y Comerciales de tipo oficial y Sociedades de Economía Mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo vigente. Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora”

Posteriormente, el Decreto 1978 de 1989, estableció los requisitos para hacer efectivo este derecho y determinó su campo de aplicación, en los siguientes términos

Artículo 1°. Los trabajadores permanentes vinculados mediante relación legal y reglamentaria o por contrato de trabajo, al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales o Comerciales de tipo oficial y Sociedades de Economía Mixta, tanto en el orden nacional como en las entidades territoriales, tendrán derecho a que la respectiva entidad les suministre en forma gratuita, cada cuatro (4) meses, un par de zapatos y un vestido de trabajo.

Artículo 3°. *Para tener derecho a la dotación a que se refiere este Decreto, el trabajador debe haber laborado para la respectiva entidad por los menos tres (3) meses en forma ininterrumpida, antes de la fecha de cada suministro y devengar una remuneración mensual inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente*

Artículo 5°. *Se consideran como calzado y vestido de labor, para los efectos de la Ley 70 de 1988 y de este Decreto, las prendas apropiadas para la clase de labores que desempeñan los trabajadores beneficiarios, de acuerdo con el medio ambiente en donde cumplen sus actividades.*

En la citada norma se estableció que, los servidores públicos que prestan sus servicios en entidades del sector central, tienen derecho al suministro cada cuatro (4) meses, de un par de zapatos y un vestido de labor, siempre que la remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo.

El calzado debe ser adecuado a las labores realizadas y acorde con el medio donde se desarrolla la misma y se tiene como fechas de entrega de la misma, los días 30 de abril, 30 de agosto y 30 de diciembre de cada año.

Ahora bien, para los servidores públicos del nivel territorial, esta prestación social, se hizo extensiva a partir de la expedición del decreto 1919 del 27 de agosto de 2002²⁹ y así lo ha reconocida la jurisprudencia de nuestro Tribunal Contencioso Administrativo, entre otras en la sentencia del 19 de noviembre de 2009, expediente No. 70 001 33 31 007 2002-0951-01, acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandante Yomaira Martínez Tovar, demandado Municipio de Coloso, magistrada ponente, Dra. Tulia Isabel Jarava Cárdenas, señalando en dicho proveído que:

“....
....Posteriormente, el artículo 1° del decreto 1919 de 2002 amplió la cobertura de este beneficio a empleados que sirven en las entidades del sector Central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles departamentales, distrital y Municipal, pero sólo a partir de su vigencia..

.....
...Así las cosas y como quiera que el decreto 1919 de 2002 fue publicado el 27 de agosto de 2002, forzoso es concluir que sólo a partir de esa fecha surgieron para los servidores públicos del nivel territorial el derecho al suministro y vestido de labor”.

De la misma forma y ampliando el anterior concepto, es pertinente traer a colación lo dicho por el H. Consejo de Estado, sobre las dotaciones a los empleados del sector territorial, con ponencia de la Consejera Bertha Lucia Ramírez en providencia del 30 de julio de 2009,

“La Ley 70 de 1988, al establecer la dotación en referencia, la contempló para los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales y Comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, sin delimitar el campo de aplicación solo para tales Servidores del Orden Nacional. En esas condiciones, el Decreto Reglamentario 1978 de 1989 en el artículo 1 al fijar como beneficiarios los trabajadores de tales entidades, tanto en el orden nacional como en las entidades territoriales, no desbordó la potestad reglamentaria, simplemente dicho Decreto

²⁹ Artículo 1. Decreto 1919 de 2002. A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administrativas Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Públicos del Orden Nacional.

hace posible el cumplimiento de lo ordenado en la Ley. Una vez establecido el derecho de los empleados territoriales al reconocimiento de las dotaciones, observa la Sala, que si bien el A-quo dispuso el estudio de las dotaciones de vestido y calzado durante la relación laboral del demandante habida cuenta que se citó la normativa atinente, negó tal reconocimiento por la ausencia probatoria de los requisitos previstos en la Ley 70 de 1988, esto es, acreditar la prestación del servicio por más de 3 meses y que devengue menos de 2 salarios mínimos legales mensuales”³⁰

De tal suerte que, los empleados del sector territorial tienen pleno derecho a que en vigencia de la relación laboral pública les sea suministrado tres (3) dotaciones anuales, consistentes en un par zapatos y un vestido o ropa de trabajo acorde con la labor desarrollada y el medio donde la misma se realice.

Para ello se requiere que el empleado devengue no más de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes y que haya laborado no menos de tres (3) durante el periodo que se va a hacer entrega de la dotación.

Dada la naturaleza de la dotación, prestación social en especie, durante la vigencia de la relación laboral está prohibida su compensación en dinero, por cuanto recordemos que su finalidad no es otra que facilitar el desarrollo y cumplimiento de las tareas por parte del servidor público, de tal suerte que la obligación de la entrega subsiste mientras perdure la relación laboral pública, no siendo posible su pago en dinero, porque se desnaturaliza la prestación social dado que la misma no tiene naturaleza salarial, siendo necesario precisar que el empleador que no utilice la dotación, puede dar lugar a la pérdida de la entrega del periodo siguiente.

Empero, situación diferente sobreviene cuando, la relación laboral finaliza y el empleado público demuestra que las mismas no le fueron entregadas, por cuanto ya la entrega de la misma no tendría razón de ser, abriéndose campo la posibilidad de una indemnización por los perjuicios sufridos por el no suministro de la dotación, lo cual se sustituye con la compensación en dinero.

Al respecto, resulta ilustrativo el pronunciamiento de la H. Corte Suprema Sala de Casación Laboral en Sentencia de la Sala de Casación Laboral Radicación No. 26327 de 13 de septiembre de dos mil seis (2006), Magistrado Ponente: GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA quien al referirse al tema señaló:

“Si bien es cierto que de acuerdo con el criterio de la Sala no es factible acoger esa

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. Expediente No.15001-23-31-000-2000-02298-01(0489-08). Criterio igualmente esbozado en la sentencia del 30 de octubre de 2008, radicación No. 44001-23-31-000-2003-00122-01.

pretensión porque la finalidad de la dotación es que el trabajador la utilice en las labores contratadas, y no está previsto el mecanismo de su compensación en dinero, antes por el contrario, el legislador la prohibió en forma expresa y terminante en el artículo 234 del Código Sustantivo del Trabajo, también lo es que ello no significa para el empleador que haya incumplido el suministro de la dotación en vigencia del vínculo laboral que a la terminación del mismo se redima de esta obligación, pues su compensación sería posible acudiendo a las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones pactadas, en cuyo caso procedería el pago de una indemnización de perjuicios, y como dicha indemnización no se encuentra tarifada, es menester que se acredite en cada caso.”

De la misma forma, el H. Consejo de Estado ha señalado que, las dotaciones como prestación social no se pierden porque no se reclamen en vigencia de la relación laboral.

“... Hallándose definido por la Jurisdicción Contencioso Administrativa que la dotación de vestido y calzado a los servidores estatales, ostenta el carácter de prestación social, en orden a definir la validez de la reclamación de esta prestación por parte del actor, se requiere precisar que salvo la consagración del fenómeno prescriptivo de la acción de reclamación de los derechos sociales, que se da cuando su satisfacción se requiere después de transcurrido tres años, contados a partir de la fecha en que la obligación se hizo exigible, en el ordenamiento jurídico no se contempla la pérdida de las prestaciones sociales, porque las mismas no se reclamen durante la vigencia del vínculo laboral...”³¹

De donde se sigue, que es absolutamente posible que el servidor público reclame la compensación en dinero de las dotaciones cuando la vinculación laboral finaliza y el empleador no ha suministrado las que por ley tenga derecho y se hayan causado, excepto aquellas sobre las cuales haya operado el fenómeno jurídico de la prescripción³².

Lo anterior, es válido si tenemos en cuenta la irrenunciabilidad que ampara los derechos mínimos laborales y que emana del artículo 53 de la Constitución Política, amén que prohiar la pérdida del derecho a reclamar dinerariamente las dotaciones no suministradas, sería tanto como privilegiar y promover el incumplimiento de las obligaciones que las normas protectoras de los derechos laborales imponen a los empleadores sean ellos del sector público o privado.

Y es que, reiteramos, la terminación del vínculo laboral no implica la pérdida del derecho o la renuncia al mismo, sino que trae o apareja que ya el cumplimiento de la obligación

³¹ C. de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, exp. 15096, Consejero Ponente Dr. NICOLÁS PAJARO PEÑARANDA

³² Ídem 3.

que directamente es en especie, se convierta o transmute en un cumplimiento indirecto a través de la compensación en dinero de la misma.

Refiriéndose a ello, el H. Consejo de Estado en providencia del 25 de mayo de 2006 indicó que:

“La Sala considera que la norma lo que pretende es obligar al patrono a suministrar la dotación en especie, pero si no lo hace en las fechas previstas por la ley, sería absurdo que no se pudieran compensar en dinero cuando el trabajador se ve obligado a adquirir su dotación por su cuenta, si no fuera así, no tendría razón de ser el contenido de la norma, pues su quebranto no tendría ninguna consecuencia, resultando más cómodo para la administración incumplir su obligación, desconociendo el correlativo derecho del trabajador; por lo tanto, a la administración le corresponde cancelar el valor en dinero cuando no suministre la dotación en los días determinados en la ley, para el período correspondiente”³³.

Ahora bien, para la prosperidad de la compensación monetaria por no suministro de la dotación es necesario que, el servidor público cuya relación con la entidad pública finalizó, demuestre que en vigencia de su vínculo reunía los requisitos para tener derecho a las dotaciones a saber: i) el tiempo de servicio, ii) el salario no superior a dos (2) salarios mínimos legales, quedando relevado de demostrar el no suministro porque es una negación indefinida y como tal no requiere prueba.

En orden de lo anterior, en el sub examine está probado que el actor laboró finalizó su vínculo laboral el día 31 de mayo de 2013, siendo entonces que la primera entrega de dotación conforme las normas citadas ut supra, lo es el 30 de abril de cada anualidad, asistiéndole el derecho al suministro del mismo, como quiera que su rango de salario estaba por debajo del promedio legal necesario para acceder al derecho.

La administración municipal en respuesta a petición realizada por el actor en sede administrativa en donde solicitó la compensación en dinero de la misma, responde que no hay lugar a ello, porque la misma estuvo disponible desde el mes de abril de 2013 en el Almacén Municipal, acto al cual le dio valor el a quo, para concluir que la obligación era inexistente y negar esta prestación.

Pues bien, esta Sala no comparte la inferencia probatoria del a quo, porque aparte de que lo anterior es solo respuesta a petición formulada, luego del retiro del servicio, no puede ser considerada como prueba de la extinción o cumplimiento de la obligación, habida consideración que no existe elemento material alguno que permite confirmar el

³³ C. de Estado. Sección Segunda, expediente No. 15001-23-31-000-2000-01869-01(4316-05). C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

dicho consignado por la Administración municipal, en el Oficio referenciado, el cual dicho sea de paso, es uno de los actos cuya legalidad es enjuiciada en este proceso, recordando que la no entrega es una negación indefinida que conllevaba a que la Administración probara en contrario, esto es, que cumplió la obligación en tiempo o que se allanó a cumplir y el actor, en este caso fue renuente al retiro de la dotación.

Lo cierto, para este Tribunal es que no existe prueba en el expediente que la dotación correspondiente al periodo enero abril de 2013 se le haya entregado en especie, como tampoco que se le haya informado que la misma estaba disponible en el ALMACEN MUNICIPAL, como se afirma en el argumento de defensa y en tal sentido, el municipio incumplió con su obligación en vigencia de la relación laboral, en relación con el señor MARTÍNEZ MARTÍNEZ.

En tal sentido, por haber finalizado la relación laboral y existir el derecho, es procedente conforme las premisas decantadas en líneas anteriores, la compensación en dinero de la dotación, lo cual deriva con la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 0101-10.02-711 del 5 de junio de 2014, expedido por el municipio de Sincelejo y mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la dotación del actor.

A título de restablecimiento del derecho, se condenará al municipio de Sincelejo, a que pague en dinero al actor, el valor correspondiente a una dotación para el periodo causado enero – abril de 2013, acorde con el trabajo que era prestado, suma de dinero que deberá ser indexada a la fecha en que se cumpla con la compensación monetaria impuesta como condena.

• CONCLUSIÓN

Así las cosas, los anteriores argumentos llevan a modificar parcialmente la sentencia de primera instancia, en cuanto a declarar la existencia de la obligación a compensar la dotación por parte del ente demandado.

En consecuencia, la parte Resolutiva, será modificada en el sentido de, declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 0101-10.02-711 del 5 de junio de 2014, expedido por el municipio de Sincelejo y mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la dotación del actor.

Por consiguiente, a título de restablecimiento del derecho se condena al Municipio de Sincelejo a pagar al actor en dinero, el valor correspondiente a una dotación para el periodo causado enero – abril de 2013, acorde con el trabajo que era prestado, suma de dinero que deberá ser indexada a la fecha en que se cumpla con la compensación monetaria impuesta como condena.

En lo demás se confirmará la sentencia apelada.

2.5 CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la prosperidad parcial del recurso, no se condenará en costas de segunda instancia.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: No aceptar el impedimento manifestado por el magistrado RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY.

SEGUNDO: MODIFÍQUESE el numeral primero de la parte Resolutiva de la sentencia apelada, el cual quedará así:

“Declárese la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 0101-10.02-711 del 5 de junio de 2014, expedido por el municipio de Sincelejo y mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la dotación del actor.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se condena al Municipio de Sincelejo a pagar al actor en dinero, el valor correspondiente a una dotación para el periodo causado enero – abril de 2013, acorde con el trabajo que era prestado, suma de dinero que deberá ser indexada a la fecha en que se cumpla con la compensación monetaria impuesta como condena”

TERCERO: CONFÍRMESE en lo demás la sentencia apelada, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia.

QUINTO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 044

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA