



75

Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00087-00

Cartagena de Indias D. T y C, dieciocho (18) de Enero de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00087-00
Demandante	ALICIA MILENA ZABALZA ZAPATA
Demandado	MUNICIPIO DE SAN JACINTO – BOLIVAR.
Tema	SANCIÓN POR MORA EN PAGO DE CESANTÍAS
Sentencia No	0002

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora ALICIA MILENA ZABALZA ZAPATA, a través de apoderado judicial, contra el MUNICIPIO DE SAN JACINTO - BOLÍVAR.

2. ANTECEDENTES

Por medio de escrito, la parte actora a través de apoderado judicial, presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

PRETENSIONES

1-Que se declare la nulidad del acto administrativo representado en el oficio de fecha 05 Octubre de 2016, por medio del cual la Alcaldía del Municipio de San Jacinto – Bolívar, se negó a reconocer y pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006.

2-Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Municipio de San Jacinto – Bolívar, a reconocer y pagar a la demandante la sanción moratoria establecida en la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006.

3-Que se ordene a la entidad demandada aplicar a las sumas reconocidas la indexación o corrección monetaria.

4-Que se condene a la entidad demandada a reajustar y actualizar las sumas reconocidas de conformidad con lo dispuesto en el CPACA.

5-Que la demandada cumpla la sentencia conforme lo dispuesto en el CPACA.

6-Se condene al pago de costas a la parte demandada.

HECHOS.

1-Refirió la parte demandante, que la señora ALICIA MILENA ZABALZA ZAPATA laboró con el Municipio de San Jacinto – Bolívar en la Comisaria de Familia desde el día 04 de Junio de 2012 hasta el día 08 de Enero de 2014; que, el día 15 de Julio de 2014 solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías; que, mediante la Resolución 097 del 04 de Agosto 2014 la Alcaldía del Municipio de San Jacinto – Bolívar reconoció y ordenó el pago de sus cesantías definitivas; que, pese a que el Municipio de San Jacinto – Bolívar tenía 65 días hábiles contados desde la fecha de la solicitud





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00087-00

para efectuar el pago de sus cesantías, según explicó, hasta el 17 de Octubre de 2014, a la fecha de presentación de la demanda, dicha entidad aún adeuda el pago de tales cesantías definitivas; que, en razón de lo anterior, el día 02 de Agosto de 2016 elevó solicitud ante la entidad demanda con el fin de que ordenará el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas y de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías; y que, en respuesta a dicha solicitud, la Alcaldía del Municipio de San Jacinto – Bolívar, por medio de oficio de 05 de Octubre de 2016 – notificado el 15 de Noviembre mismo año, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

NORMATIVIDAD VIOLADA y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Como normas violadas la parte demandante invocó los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, los artículos 1 y 2 de la ley 244 de 1995; y los artículos 4 y 5 de la ley 1071 de 2006.

Y como concepto de violación de dichas normas expuso los argumentos que a continuación se transcriben:

“En virtud a la demora en el pago de las cesantías definitivas de empleados públicos fueron expedidas de manera progresiva la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, de los 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor público, después de expedido el acto administrativo de reconocimiento.

Sin embargo este circunstancia y muy a pesar de que la jurisprudencia ha establecido que la disposición ha de entenderse que el reconocimiento y pago no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el MUNICIPIO DE SAN JACINTO – BOLÍVAR no ha cancelado el pago definitivo de las cesantías que por ley tiene derecho mi representada, lo que genera una sanción para la entidad equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, con posterioridad a los 65 días después de haber radicado la solicitud, contados hasta cuando se efectúe el pago de estas cesantías.”

Bajo las anteriores argumentaciones solicita la parte demandante, se le concedan las pretensiones de la demanda.

- CONTESTACIÓN

MUNICIPIO DE SAN JACINTO - BOLÍVAR:

En la contestación de la demanda, argumentó en defensa de sus intereses, que actualmente no le ha sido posible constatar la información correspondiente a la presente actuación, ya que el archivo de la Alcaldía de San Jacinto – Bolívar, donde se encontraban los documentos relativos al presente proceso, el día 18 de Abril de 2017, se incendió y se perdieron la mayoría de los documentos que ahí se encontraban.

TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 21 de Abril del año 2017, posteriormente mediante auto de fecha 30 de Mayo de 2017 se admitió y fue notificada a la parte demandante por estado electrónico No. 071.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 27 de Junio de 2017 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.





76

Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00087-00

Mediante auto de fecha 03 de Noviembre de 2017, se citó a las partes a audiencia inicial para el día 18 de Enero de 2018, en la cual se cierra el debate probatorio y se corre traslado para presentar alegatos seguidamente.

- ALEGACIONES

DEMANDANTE:

Ratifica lo manifestado en la demanda (Audio).

DEMANDADO:

MUNICIPIO DE SAN JACINTO - BOLÍVAR: No presentó alegatos finales.

MINISTERIO PÚBLICO: Pide que se concedan las pretensiones de la demanda. (Audio).

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

3. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURIDICO

¿Procede el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006 a favor de la demandante por el no pago de las cesantías?

- TESIS

La hipótesis que se sostendrá argumentativamente por esta Casa Judicial, se concreta en conceder las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

El **15 de Julio de 2014** la **ALICIA MILENA ZABALZA ZAPATA** presentó ante el Municipio de San Jacinto – Bolívar solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas.

El Municipio de San Jacinto – Bolívar, expidió la **Resolución No. 097 del 04 de Agosto 2014**, reconociendo a favor de la actora la suma neta de \$ 6.859.774,00 como cesantías definitivas.

Como no se materializó el pago de las cesantías definitivas que le fueron reconocidas a su favor, el día **02 de Agosto de 2016**, la señora **ALICIA MILENA ZABALZA ZAPATA** radicó petición ante el Municipio de San Jacinto – Bolívar, solicitando el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

De acuerdo a lo afirmado por la parte demandante en el libelo de demanda sin que haya sido desvirtuado por el Municipio de San Jacinto - Bolívar, hasta la presentación de la demanda objeto de estudio, no se ha materializado el pago de las cesantías definitivas que fueron reconocidas a favor de la señora **ALICIA MILENA ZABALZA ZAPATA**.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00087-00

La Sala Plena del Consejo de Estado⁽⁹⁾, determinó la forma como se debe contabilizar la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 por el pago tardío del auxilio de cesantía, con el siguiente análisis:

“(…) Cuando la administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

(…)

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

Con base en la providencia citada, se esquematiza la forma de contabilizar el origen de la sanción moratoria:

Solicitud reconocimiento de cesantías ante la entidad 15 días hábiles a partir de la solicitud, para expedir el acto de reconocimiento
5 o 10 días hábiles de ejecutoria del acto de reconocimiento, según el caso 45 días hábiles para efectuar el pago de las cesantías
En total son 65 o 70 días, según el caso A partir del día 66 o 71, según el caso, se causa la sanción moratoria

Con fundamento en lo previamente expuesto, los **70 días hábiles**, contados a partir de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantías definitivas, de que disponía la entidad para proceder a ello, se cumplieron el **24 de Octubre de 2014**, sin embargo hasta la fecha de proferirse la presente sentencia, no hay constancia que certifique que se materializó el pago de las mismas.

De manera que, **entre el 25 de octubre de 2014**, día siguiente a la fecha en la que se debió cancelar la cesantía definitivas a la parte demandante, hasta la fecha de la presente sentencia, han **transcurrido 1181 días de mora**, que deben liquidarse a razón de un día de salario por cada día de retardo, pues ese es el efecto dispuesto por el legislador en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, normas citadas como violadas por el apoderado de la actora.

Por lo tanto, el acto demandado que negó el pago de la sanción moratoria deprecada, generada por el no pago de las cesantías definitivas de la demandante, deberá ser anulado, pues es evidente que la parte actora si es acreedora a la sanción moratoria reclamada, en los términos y condicionamientos indicados en este fallo.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00087-00

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

ANÁLISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.

El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6 de 1945 que, en su artículo 17, estableció esta prestación social en razón de un mes de sueldo por cada año de servicios.

Por su parte, la Ley 65 de 1946 determinaba:

“Artículo 1º. Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro”.

Posteriormente, el artículo 1 del Decreto 1160 de 1947 reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación.

El Decreto 3118 de 1968, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario, contado a partir del 1º 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 a 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.

En el artículo 33 de la referida norma se establecieron intereses a favor de los trabajadores en el 9% anual sobre las cantidades que al 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3º de la Ley 41 de 1975.

Con el Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público el desmonte del régimen retroactivo de las cesantías, y se da paso al anualizado.

Luego con la Ley 344 de 1996 se determina la liquidación anual de las cesantías para todos los servidores públicos que se vinculen, en cualquiera de sus niveles. Para reglamentar esa Ley se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afiliaran a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

De este recuento normativo sobre el auxilio de cesantías, y en palabras de la Corte Constitucional, esta prestación social es un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador, con el doble fin de que el empleado pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además pueda, en caso de requerirlo, satisfacer otros requerimientos importantes como vivienda y educación. Es así como en la sentencia C-310 de 2007, señaló que *“la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantía-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda”*.

Por su parte, la Ley 1071 de 2006, la cual adiciona y modifica la Ley 244 de 1995 consagra:

“ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00087-00

ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

ARTÍCULO 3o. RETIRO PARCIAL DE CESANTÍAS. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2o de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.
2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

En el mismo sentido se ha pronunciado el H. consejo de Estado con los siguientes argumentos:

En cuanto al procedimiento que debe surtir la Administración para la liquidación del auxilio de cesantía, la Ley 244 de 1995 previó lo siguiente:

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

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

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

Una vez proferida la Resolución de liquidación de la cesantía, el artículo 2 ibídem, contempla que el pago se efectuará dentro del siguiente término legal:

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

(...)





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00087-00

Como quedó establecido, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995, previendo que luego de presentada la solicitud la Entidad cuenta con 15 días máximo para expedir la Resolución de liquidación de las cesantías definitivas, 5 días de ejecutoria y 45 días hábiles para el pago..." (Negrillas fuera del texto)

Visto el anterior recuento normativo se procede a dilucidar el siguiente interrogante: ¿En materia de servidores públicos para hacerse acreedor a la sanción moratoria dispuesta en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, es necesario acreditar la mala fe del empleador ?

Al respecto se ha de precisar que como quiera que en materia de servidores públicos para hacerse acreedor a la sanción moratoria dispuesta en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, no es necesario acreditar la mala fe del empleador o encargado del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías.

La anterior tesis se sustenta en que por mandato constitucional en Colombia no puede existir empleo público sin funciones previamente definidas en la ley, y también se contempla que no habrá gasto previamente presupuestado.

Por consiguiente, en materia presupuestal es obligación de las entidades hacer provisiones para el pago y cancelación de prestaciones sociales de los servidores públicos vinculados con ellas, para que una vez se cumplan los supuestos de la ley para el pago de dichas prestaciones sociales, específicamente el auxilio de cesantías, se tenga la partida presupuestal para ello.

Es con fundamento en esta filosofía, la previsión del gasto, y hacer efectiva la finalidad de las cesantías, esto es garantizar el sustento del trabajador mientras se encuentre cesante que se impuso a la administración un término perentorio para su pago y una sanción en la eventualidad que este no se realizara o se hiciera de forma tardía.

La sanción que el legislador contempló es objetiva, pues para su configuración solo se requiere demostrar que no se cancelaron en término las cesantías definitivas que fueron reconocidas por la misma entidad, y esta apreciación se evidencia en la norma cuando en el parágrafo 2 del artículo 2 de la ley 244 de 1995, el cual se reprodujo en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, de forma expresa se sostiene "para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo," pues la intención del Legislador al establecer dicha sanción fue justamente castigar la omisión o el retardo en el pago de la prestación.

Lo anterior, sin desconocer que la parte demandada pueda demostrar en el caso concreto sometido a control jurisdiccional, que el no pago o la mora pudo generarse por una causa externa, imprevisible y no atribuible a su conducta.

En igual sentido al de esta providencia se ha pronunciado el Consejo de Estado, en sentencia de 21 de septiembre de 2006, en donde sostuvo:

"(...)

3. No son acertados los argumentos que esgrime la entidad para negar el reconocimiento de la sanción deprecada, consistentes en que no se acreditó su mala fe para abstenerse del pago. La norma consagra para la entidad la obligación, –sin condiciones–, de pagar un día de salario por cada día de retardo, y si bien pudieron ocurrir circunstancias de extinción de tal obligación o de la responsabilidad que ella acarrea en los términos del régimen general de las obligaciones jurídicas, ellas no fueron acreditadas en el expediente (caso fortuito o fuerza mayor).

(...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto)





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00087-00

Por otra parte, en sentencia de Sala Plena de 27 de marzo de 2007 el Consejo de Estado advierte que cuando la administración resuelve el requerimiento en forma tardía “buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción del artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual empieza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la que el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas.”

De manera que a criterio de este Juzgado se sanciona la conducta de las entidades públicas que “amarran” la expedición del acto administrativo de reconocimiento hasta contar con los recursos presupuestales correspondientes y una vez obtenido ellos, profieren la Resolución ordenando el pago a favor de su ex trabajador y disponiendo su cancelación aparentemente dentro de los 45 días siguientes a su ejecutoria, en los términos de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado en sentencia del 17 de noviembre de 2016¹, lo siguiente:

De la normatividad transcrita se observa que el legislador no sólo reguló la mora en el pago de las cesantías, sino que además le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las mismas, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues si el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal conferido, los 45 días para el pago comienza a contabilizarse desde la firmeza del mismo; no obstante, si la entidad competente para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías sobrepasa el término para emitirlo, por culpa de la entidad y no del solicitante, no es procedente inferir que el término de la sanción moratoria empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente, toda vez que ello atentaría contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad.

En el caso de la sanción moratoria esta no aplicaría en conjunto con la indexación porque la primera es un valor que se está actualizando todos los días, a razón de un salario diario por día de retraso, lo cual no implica pérdida alguna de valor adquisitivo de la indemnización. En el mismo sentido se pronunció el Alto Tribunal Contencioso Administrativo en sentencia² citada anteriormente de la siguiente forma:

Sobre el particular es pertinente citar la jurisprudencia que indica la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda en este punto, a saber:

“[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01. Número Interno: 1520-2014

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01. Número Interno: 1520-2014





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00087-00

1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 [...]”18 (Subraya de la Subsección).

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

CASO CONCRETO

Explicados los anteriores antecedentes normativos y jurisprudenciales que enmarcan el problema jurídico puesto a consideración de este Despacho, se procede a analizar el caso concreto.

De acuerdo a las pruebas que militan en el expediente (fl. 22) la señora ALICIA MILENA ZABALZA ZAPATA laboró al servicio del Municipio de San Jacinto – Bolívar en el cargo de Profesional Universitario de la Comisaria de Familia desde el 04 de Junio de 2012 hasta el 08 de Enero de 2014.

El 15 de Julio de 2014 la ALICIA MILENA ZABALZA ZAPATA presentó ante el Municipio de San Jacinto – Bolívar solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantía definitivas.

El Municipio de San Jacinto – Bolívar, expidió la Resolución No. 097 del 04 de Agosto 2014, reconociendo a favor de la actora la suma neta de \$ 6.859.774,00 como cesantías definitivas.

Como no se materializó el pago de las cesantías definitivas que le fueron reconocidas a su favor, el día 02 de Agosto de 2016, la señora ALICIA MILENA ZABALZA ZAPATA radicó petición ante el Municipio de San Jacinto – Bolívar, solicitando el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

De acuerdo a lo afirmado por la parte demandante en el libelo de demanda sin que haya sido desvirtuado por el Municipio de San Jacinto - Bolívar, hasta la presentación de la demanda objeto de estudio, no se ha materializado el pago de las cesantías definitivas que fueron reconocidas a favor de la señora ALICIA MILENA ZABALZA ZAPATA.

La Sala Plena del Consejo de Estado⁽⁹⁾, determinó la forma como se debe contabilizar la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 por el pago tardío del auxilio de cesantía, con el siguiente análisis:

“(…) Cuando la administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

(…)

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00087-00

de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria (...)” (subrayado fuera del texto original).

Con base en la providencia citada, se esquematiza la forma de contabilizar el origen de la sanción moratoria:

Solicitud reconocimiento de cesantías ante la entidad
15 días hábiles a partir de la solicitud, para expedir el acto de reconocimiento

5 o 10 días hábiles de ejecutoria del acto de reconocimiento, según el caso

45 días hábiles para efectuar el pago de las cesantías

En total son 65 o 70 días, según el caso

A partir del día 66 o 71, según el caso, se causa la sanción moratoria

Con fundamento en lo previamente expuesto, los 70 días hábiles, contados a partir de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantías definitivas, de que disponía la entidad para proceder a ello, se cumplieron el 24 de Octubre de 2014, sin embargo hasta la fecha de proferirse la presente sentencia, no hay constancia que certifique que se materializó el pago de las mismas.

De manera que, entre el 25 de octubre de 2014, día siguiente a la fecha en la que se debió cancelar la cesantía definitivas a la parte demandante, hasta la fecha de la presente sentencia, han transcurrido 1181 días de mora, que deben liquidarse a razón de un día de salario por cada día de retardo, pues ese es el efecto dispuesto por el legislador en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, normas citadas como violadas por el apoderado de la actora.

Por lo tanto, el acto demandado que negó el pago de la sanción moratoria deprecada, generada por el no pago de las cesantías definitivas de la demandante, deberá ser anulado, pues es evidente que la parte actora si es acreedora a la sanción moratoria reclamada, en los términos y condicionamientos indicados en este fallo.

Frente a las sumas reconocidas por concepto de sanción moratoria no se ordenará la indexación de los valores que resulten a favor de la demandante, debido a que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria toda vez que constituiría una doble sanción.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

“



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00087-00

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandada, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que se haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declárese la nulidad del oficio de 05 de Octubre de 2016 que negó el pago de la sanción moratoria deprecada, generada por el no pago de la cesantías definitivas reconocidas en la Resolución 097 del 04 de Agosto 2014, a favor de la demandante, señora **ALICIA MILENA ZABALZA ZAPATA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. **1.128.053.650**.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** al **MUNICPIO DE SAN JACINTO - BOLÍVAR**: Reconocer y pagar a favor de la demandante, por concepto de sanción moratoria **1181** días de salarios del año **2014**, esto es, hasta la fecha de proferirse la presente sentencia, por concepto de sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

QUINTO: Sin costas.

SEXTO: Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

