

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DIFERENCIAS SALARIALES Y PRESTACIONES SOCIALES POR EL DESEMPEÑO SIMULTÁNEO DE DOS EMPLEOS PÚBLICOS POR DISPOSICIÓN VERBAL DE LA ENTIDAD EMPLEADORA – Procedencia / PROHIBICIÓN DE RECIBIR DOBLE ASIGNACIÓN A CARGO DEL TESORO PÚBLICO

El demandante se desempeñó por disposición del Alcalde de Cartagena del Chairá, como Administrador de la Galería Municipal y Bibliotecario de manera simultánea, motivo por el que sería procedente el reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir, por haberse desempeñado en el último de los mencionados, máxime cuando entre éstos no existen funciones complementarias o afines, de hecho, se encuentran adscritos, respectivamente, a la Secretaría de Gobierno y al Instituto Departamental de Bibliotecas Públicas del Caquetá. Sin embargo, la Constitución Política en su artículo 128 estipuló “[n]adie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado (...)”, a menos que se encuentren dentro de las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, pero la situación del [demandante]no es el caso, motivo por el que es imposible ordenar el pago de los emolumentos solicitados para los cargos de Administrador de la Galería y Bibliotecario Municipal, pero a cambio encuentra la Sala viable el reconocimiento y pago de la diferencia salarial existente entre éstos, tal y como lo ordenó el *a- quo*.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 128 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 25 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 43 / LEY 4 DE 1992 – ARTÍCULO 19 / LEY 50 DE 1990 – ARTÍCULO 99 / LEY 1071 DE 2006 – ARTÍCULO 5

RECONOCIMIENTO DE LA SANCIÓN MORATORIA POR EL NO PAGO DE DIFERENCIAS SALARIALES – Improcedencia

Si bien la Administración de Cartagena del Chairá realizó el pago de los aportes a cesantías una vez finalizada su relación laboral, éste no fue completo, toda vez que se realizó sin tener en cuenta el reconocimiento de las sumas de dinero correspondientes a los emolumentos derivados de su trabajo en los cargos de Administrador de la Galería, Bibliotecario y Vigilante, los cuales hubiesen aumentado la cifra a pagar por concepto de cesantías, por lo que, en sus sentir, el hecho de no haber pagado la suma completa, es equiparable a no haber pagado a tiempo. (...). Aclara la Sala, que en este caso no se hace evidente la mala fe de la Administración, porque precisamente, al reconocer y pagar las cesantías en los términos correspondientes se evidencia su apego a la norma y el hecho de que el resultado no correspondiera a las expectativas del demandante no es motivo suficiente para afirmar que hubo mala fe en su actuar, máxime si se ha determinado a lo largo del presente análisis que la Administración actuó de manera ajustada a la normatividad pertinente. En tal sentido, se considera que no es posible ordenar a la Alcaldía del Municipio de Cartagena del Chairá el pago de una indemnización moratoria cuando todos los pagos fueron realizados a tiempo, ajustados a la ley y sin observarse mala fe en su actuar.

FUENTE FORMAL: LEY 50 DE 1990

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago del auxilio de cesantías, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo

contencioso administrativo, sentencia de 12 de octubre de 2016, radicación: 2011-00749-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

**SANCIÓN MORATORIA POR EL NO PAGO DEL AUXILIO DE CESANTÍAS –
Naturaleza jurídica**

La sanción moratoria por el no pago de las cesantías es una reparación a cargo del empleador que retarda el pago de los salarios y prestaciones sociales que se le adeudan al trabajador al momento de la terminación del respectivo contrato de trabajo, consistente en una suma igual al último salario diario por cada día de demora en la cancelación de lo adeudado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C. siete (7) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 18001-23-33-000-2013-00072-01(3373-15)

Actor: JULIO CESAR PAZ HURTADO

Demandado: MUNICIPIO DE CARTAGENA DEL CHAIRÁ - CAQUETÁ

Trámite:	Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Segunda Instancia.
Asunto:	Establecer si es procedente reconocer la diferencia salarial entre los cargos de Administrador de la Galería y Bibliotecario Municipal.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección del 1 de abril de 2016¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obran en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 10 de diciembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Julio Cesar Paz Hurtado contra el Municipio de Cartagena del Chairá, Caquetá.

¹ Informe visible a folio 448.

I. ANTECEDENTES²

Julio Cesar Paz Hurtado, por intermedio de apoderado judicial³, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho –*Ley 1437 de 2011*- presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad del Oficio OF.TH.CCH.171 del 8 de mayo de 2012⁴ a través del cual el Alcalde Municipal de Cartagena del Chairá, Caquetá, negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales por las funciones desempeñadas como Administrador de la Galería Municipal «*nombre que recibe la plaza de mercado del municipio*», Bibliotecario y Vigilante de la Biblioteca Municipal.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó: que se ordene el pago debidamente indexado de los salarios, prestaciones, seguridad social y demás emolumentos correspondientes al tiempo en que estuvo laborando como Administrador de la Galería Municipal, Bibliotecario y Vigilante en el municipio de Cartagena del Chairá; el reintegro a un cargo de igual o mejor categoría que el de Administrador de la Galería, con el correspondiente pago de lo dejado de percibir desde el momento de su retiro del cargo, hasta la fecha de su vinculación efectiva, sin solución de continuidad; que se de aplicación a la demanda en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.; el pago de los demás emolumentos que el juez considerara según el principio de ‘*lura novit curia*⁵’; y, la cancelación de las costas y agencias en derecho.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado del demandante, así:

Señaló que el señor Julio Cesar Paz Herrera estuvo vinculado al municipio de Cartagena del Chairá desde el 3 de enero del 2008⁶ hasta el 2 de enero de 2012 en el cargo de Administrador de la Galería Municipal, sin embargo, también ejerció las funciones de Bibliotecario⁷ y Vigilante⁸ desde el 1 de agosto de 2010 y el 31 de agosto del 2010 respectivamente al 2 de enero de 2012.

² Demanda visible a folios 56 a 88.

³ El abogado Cesar Augusto Lemos Serna.

⁴ Visible a folios 51 y 52 del expediente.

⁵ Principio del derecho a partir del cual el juzgador se encuentra en la posibilidad de analizar los hechos de la demanda, para adaptarlos a tal o cual título de imputación, con el fin de hallar la mejor adecuación jurídica del caso y, consigo, la verdad procesal.

⁶ Nombramiento efectuado mediante Decreto 014 del 3 de enero de 2008, expedido por el Alcalde Municipal, visible a folios 3 y 4 del expediente.

⁷ Certificado del 3 de septiembre de 2010 expedido por la Coordinadora Departamental de Bibliotecas Públicas, visible a folio 10 del expediente.

⁸ Certificado del 1 de septiembre de 2010 expedido por el Alcalde de Cartagena del Chairá, visible a folio 11 del expediente.

Manifestó que estos dos últimos nombramientos⁹ se dieron como consecuencia de la exigencia que realizó el Ministerio de Cultura¹⁰ a la administración de Cartagena del Chairá, ya que debía contratar a una persona para los mencionados cargos, con el fin de incluir al municipio dentro del “*Programa de Infraestructura, Gestión Comunitaria de Herramientas para la Sostenibilidad*”.

Afirmó que el señor Julio Cesar Paz Hurtado presentó su renuncia al cargo de Administrador de la Galería Municipal, la cual le fue aceptada mediante la Resolución 003 del 2 de enero de 2012 expedida por el Alcalde Municipal¹¹. Pese a que su renuncia fue solo al mencionado cargo, la citada autoridad administrativa, le indicó verbalmente que tampoco volviera a desempeñar sus funciones como Bibliotecario y Vigilante.

Señaló que por medio de la Resolución 0021 del 1 de febrero de 2012¹², el Alcalde de Cartagena del Chairá, liquidó y canceló las prestaciones sociales en razón a su retiro, sin que ella incluyera lo correspondiente a lo que debía devengar por desempeñar los cargos de Bibliotecario y Vigilante de la Biblioteca.

En razón de lo anterior, el demandante solicitó, el 18 de enero de 2012¹³, la liquidación total de sus acreencias laborales con fundamento en los siguientes emolumentos: i) el pago de la prima de mitad de año correspondiente al 2010¹⁴; ii) el pago de las dotaciones a las que tenía derecho durante los años 2008 al 2011; y, iii) el reconocimiento y pago de las 1960 horas extras que laboró en cumplimiento de su labor como Vigilante de la Biblioteca Municipal.

Aseguró que el 13 de febrero de 2012 el Secretario de Gobierno del Municipio negó tal petición porque “ (...) *[n]o existe acto administrativo de delegación de funciones como celador o vigilante*”; y en relación al pago de las dotaciones adeudadas, indicó que se encontraban pendientes para establecer su monto¹⁵.

Aseveró que el 16 de abril de 2012 el señor Julio Cesar Paz Hurtado presentó nuevamente una petición ante el Alcalde de Cartagena del Chairá, en la que solicitó el reconocimiento y pago de todas las acreencias laborales, prestaciones sociales y demás emolumentos adeudados por las labores realizadas como Administrador de la Galería

⁹ Bibliotecario y Vigilante de la Biblioteca Diógenes Saldaña Rodríguez’.

¹⁰ Información tomada del Acta de Seguimiento y Verificación en la cual el Municipio de obligó a “(...) *[d]esignar mediante Resolución de Nombramiento al Bibliotecario y al personal necesario para atender de manera permanente y exclusiva la Biblioteca (...)*”. Visible a folios 7 a 10 del expediente.

¹¹ Visible a folio 6 el expediente.

¹² Visible a folios 41 a 44 del expediente

¹³ Visible a folios 37 y 38 del expediente.

¹⁴ Tiene derecho a una prima de mitad de año en razón a que la percibió en los años 2008 y 2009.

¹⁵ Mediante Resolución 064 del 7 de marzo de 2012 el Alcalde de Cartagena del Chairá compensó dichas dotaciones, visible a folios 213 a 215 del expediente.

Municipal, Bibliotecario y Vigilante de la Biblioteca Municipal; sin embargo a través del Oficio OF.TH.CCH.171 del 8 de mayo de 2012 el Alcalde del negó sus pretensiones aduciendo que ya habían sido resueltas en actos administrativos expedidos por la administración anteriormente.

1.2 Normas vulneradas y concepto de vulneración

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, los artículos 2; 6; 25; 36; 53; 83; y 123; las Leyes 6 de 1945; 13 de 1984; 50 de 1990; 244 de 1995; 909 de 2004; y 1071 de 2006; los Decretos 2127 de 1945; 2400 y 3074 de 1968; 3135 de 1968; 1045 de 1978; y, los Decretos Reglamentarios 1848 de 1969; 1950 de 1973; 583 de 1984; 482 de 1985; y 1227 de 2005.

Como concepto de violación de las normas invocadas, el demandante consideró que los actos acusados están viciados de nulidad por los siguientes cargos:

Falsa motivación: Se configuró porque el Alcalde del municipio de Cartagena del Chairá no se pronunció de fondo a cerca de la reclamación presentada, por el contrario, remitió la respuesta a otros documentos que, a su parecer, nada tenían que ver con la solicitud, lo cual va en contravía del artículo 123 de la Constitución Política¹⁶; las Leyes 6 de 1945¹⁷, 244 de 1995¹⁸ y demás normas concordantes y complementarias, así como de la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁹.

Enriquecimiento sin causa: Existió un aumento patrimonial del municipio cuando tuvo a un mismo empleado que laboró en cargos y jornadas diferentes porque, de un lado, se ahorró el pago a diferentes funcionarios que debían realizar dichas labores; y de otro, no tuvo en cuenta que entre mayores fueran las labores desempeñadas, mayores debían ser

¹⁶ “ (...) Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. (...)”

¹⁷ Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo.

¹⁸ Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU 250 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería.

“ (...) La motivación de los actos administrativos es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración. (...)”

los aportes a pagar, situación que, sin justa causa, fue obviada al momento de la realización de la liquidación de la parte actora.

Funcionario de hecho²⁰: Pues se configuró por medio de la orden verbal del Alcalde del Municipio de Cartagena del Chairá de aquel entonces, cuando le asignó las funciones de Bibliotecario y Vigilante de la Biblioteca Municipal desde el 1 de agosto de 2010 y el 31 de agosto del mismo año, respectivamente, hasta el 2 de enero de 2012, con el fin de cumplir el convenio celebrado entre el municipio y el Ministerio de Cultura, orden que pese a que fue cumplida a cabalidad y probada a través de diferentes certificados, no le generó remuneración o compensación alguna.

1.3 Contestación de la demanda.

El municipio de Cartagena de Chaira, Caquetá, a través de su apoderado judicial²¹, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal y solicitó negar las súplicas con fundamento en los siguientes manifestaciones²²:

Consideró que los argumentos y conceptos normativos de violación usados por la parte demandante denotan falta de técnica y precisión, puesto que, confundió los términos de falsa motivación y falta de motivación; fue abstracto en la explicación de los cargos señalados; utilizó de manera errónea la figura del enriquecimiento sin justa causa, pues la reclamación debía hacerse a través de la *acción in rem verso* y no de la invocada; y, presentó una apreciación equívoca de lo que es un funcionario de hecho al equiparar a un contratista (relación creada a través de un convenio interadministrativo) con un funcionario público (relación creada a través de una vinculación legal y reglamentaria mediante acto administrativo).

Aseveró que la Constitución de 1991 en su artículo 128²³ prohibió la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, así como la recepción de más de un salario que provenga del erario. Aclaró que, pese a que el anterior impedimento posee

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, radicación 11001-03-15-000-2000-0472-01 (S- 472), Consejera Ponente Olga Inés Navarrete.

Este concepto ha sido definido así: "(...) *Para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercida irregularmente, pero, también puede darse cuando en empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional (...)*".

²¹ El abogado Cesar Omar Rodríguez Pérez.

²² Visible a folios 135 al 142.

²³ "Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley."

excepciones contempladas en la ley²⁴, ninguna de ellas es aplicable al caso del demandante.

Afirmó que existió una falta de legitimación por pasiva dado que la demanda debió ir dirigida al representante legal del Instituto Municipal de Cultura, Recreación y Deporte de Cartagena del Chairá, porque éste es un instituto descentralizado con autonomía administrativa y presupuestal que tiene dentro de su estructura la administración de la Biblioteca Municipal, por tanto, se hizo imposible que el Alcalde hubiese hecho el nombramiento de bibliotecario al señor Julio Cesar Paz Herrera.

Aseguró que se configuró un cobro de lo no debido porque el actor no pudo haber realizado labores como Bibliotecario, Vigilante y concomitantemente, ejercer como Administrador de la Galería, no solo por la mencionada prohibición constitucional, sino porque además es físicamente imposible.

1.4 La sentencia apelada.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Caquetá, mediante sentencia del 10 de diciembre de 2014 declaró la nulidad parcial del Oficio OF.TH.CCH.171 del 8 de mayo de 2012 expedido por el Alcalde del Municipio de Cartagena del Chairá; ordenó reconocer y pagar la diferencia salarial entre los cargos de Administrador de la Galería y el de Bibliotecario **del 31 de agosto de 2010 al 2 de enero de 2012**, la cual debía estar debidamente indexada de acuerdo al Índice de Precios del Consumidor; declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de demanda, motivo por el que se declaró inhibido para pronunciarse sobre las prestaciones relacionadas con los Cargos de

²⁴ LEY 4 DE 1992. Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

" (...)

Artículo 19.- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;

b. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

c. Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

d. Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

e. Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.

f. Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas.

g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados. (...)"

Administrador de la Galería y Vigilante de la Biblioteca. Lo anterior con fundamento en lo siguiente²⁵:

Afirmó que en el sistema procesal administrativo colombiano, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular, deben cumplirse ciertos requisitos de procedibilidad, entre ellos, que exista una decisión ejecutoriada sobre los actos que admitan recursos, los cuales, según el artículo 74 de la Ley 1437 del 2011²⁶ se aplican a los actos definitivos, por lo que, no podría el afectado en forma sucesiva, posterior insistir en un nuevo pronunciamiento de la administración sobre el mismo asunto si ya se agotaron todos los recursos que sobre él recaen.

Al respecto, consideró que, a través de la Resolución 0021 del 1 de febrero de 2012²⁷, el Alcalde de Cartagena del Chairá liquidó y ordenó el pago de las prestaciones sociales a favor del demandante derivados de su labor como Administrador de la Galería Municipal, lo que se constituyó como el acto definitivo de este tema en específico.

Afirmó que, el Oficio del 13 de febrero de 2012²⁸ expedido por el Secretario de Gobierno del mencionado municipio, constituye la respuesta definitiva, de un lado, al reconocimiento y pago de las horas que el demandante reclamó por su cargo como Vigilante de la Biblioteca; y, de otro, respecto a la aceptación de su renuncia como Administrador de la Galería y, por tanto, a su pretensión de reintegro al cargo.

Expresó que, si el accionante quería someter a valoración judicial la legalidad de las anteriores decisiones, debió demandar estos actos en específico, dado que por medio del Oficio OF.TH.CCH.171 se buscó un nuevo pronunciamiento, además, declaró la caducidad de la acción y la ineptitud sustantiva de la demanda respecto a los temas cuyos actos definitivos ya habían sido expedidos²⁹.

En tal sentido, anotó que, el análisis de la legalidad del acto se circunscribe a estudiar la viabilidad del reconocimiento de las peticiones referentes a las acreencias propias del

²⁵ Visible a folios 350 a 374 del expediente.

²⁶ "(...) **ARTÍCULO 74. RECURSOS CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.** Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.

2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.

Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.

²⁷ Visible a folio 41 a 44 del expediente.

²⁸ Visible a folio 39 del expediente.

²⁹ Peticiones relativas a los cargos de Administrador de la Galería Municipal y Vigilante de la Biblioteca Municipal.

cargo de Bibliotecario y la solicitud de sanción moratoria, ya que fueron estas las únicas cuyo acto definitivo es el Oficio acusado.

En relación con la sanción moratoria por cesantías, expuso que, de acuerdo a la legislación pertinente³⁰, está a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, en aras de resarcir los daños que se causaron a este último con el incumplimiento en la consignación de las cesantías al fondo correspondiente, ésta equivale a un día de salario por cada día de retardo. Bajo ese contexto, de acuerdo a las pruebas documentales presentadas³¹, evidenció que las consignaciones de las cesantías correspondientes a los años 2008 a 2010 se hicieron antes del 15 de febrero del año siguiente y, con ocasión de su retiro, la liquidación de las cesantías fue realizada y cancelada a tiempo, con lo cual concluyó que no existió retardo alguno en el pago de la prestación y, por lo mismo, denegó esta pretensión.

Determinó que se debe dar aplicabilidad al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, lo cual para el presente caso significó que, si bien no se encontró el acto administrativo de nombramiento del demandante en el cargo de bibliotecario, sí se probó que éste cumplía dichas funciones en aras de una orden verbal del Alcalde Municipal durante el año 2010 para dar cumplimiento a las exigencias del Ministerio de Cultura.

Concluyó que, se debe reconocer a favor del demandante la diferencia salarial fijada existente entre el cargo de Bibliotecario Municipal y el de Administrador de la Galería, desde el 31 de agosto de 2010 al 2 de enero de 2012, pues si bien es cierto (...) *[n]adie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público (...)*³², se debe indemnizar un daño antijurídico causado por la administración al otorgarle funciones fuera de su cargo y no realizar el pago de emolumentos salariales por el nombramiento en un nuevo empleo.

Sobre las peticiones de reintegro a un cargo de igual o superior jerarquía al de Bibliotecario, y frente a la indemnización por despido sin justa causa, señaló que ninguna de las dos puede prosperar porque el señor Julio Cesar Paz Hurtado se separó voluntariamente de la administración.

1.5 El recurso de apelación

El señor Julio Cesar Paz Hurtado, parte demandante dentro del proceso, interpuso recurso de apelación con fundamento en los siguientes argumentos³³:

³⁰ LEY 50 DE 1990. "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones."

³¹ Certificación del 15 de octubre de 2014, visible a folio 348 y Resolución 0021 del 1 de febrero de 2012, visible a folio 221.

³² Artículo 128 de la Constitución Política.

³³ Visible a folios 386 a 393.

Indicó, en cuanto a la declaración de ineptitud sustancial de la demanda, que no fue acertada toda vez que, cualquier funcionario público tiene derecho a reclamar el reconocimiento y pago de sus acreencias laborales con la mera intención de interrumpir la prescripción de los mismos, y ello no implica que deba hacer una demanda administrativa por cada reclamación, excepto si la reclamación solicita el reconocimiento y pago de todos sus derechos laborales de manera integral.

En este orden, consideró que las solicitudes de pago de derechos laborales específicos realizados por el demandante antes de la reclamación que dio lugar a la expedición del Oficio OF.TH.C.CH.171 del 8 de mayo de 2012 (acto demandado dentro del proceso) no se constituyeron en actos administrativos definitivos y no eran susceptibles de ser demandados por ser peticiones particulares y no integrales.

Aseguró que la afirmación realizada por el *a quo*, según la cual, la Resolución 0021 del 1 de febrero de 2012 constituyó un acto definitivo de liquidación y pago total de las prestaciones sociales a favor del demandante por su labor de Administrador de la Galería fue errada porque, de un lado, esta fue una actuación propia de la administración que no respondía a una reclamación administrativa de pago de salarios, prestaciones sociales, sanciones e indemnizaciones, por lo que nunca se realizó un pago definitivo sino solo una liquidación parcial; y de otro, porque no se tuvo en cuenta los emolumentos generados por los cargos de Bibliotecario y Vigilante.

Aseveró que es injusta la apreciación que se hace del artículo 128 de la Constitución, puesto que si bien es cierto que “[n]adie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público (...)”, fue la misma administración quien desconoció la norma cuando impuso la doble carga laboral y se vio beneficiada con ello, por lo que la interpretación unilateral de la Constitución resultó en un fallo injusto y desproporcional al reconocer solo una indemnización por diferencia salarial y no la totalidad de las prestaciones que le asistían al actor.

Indicó que según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³⁴ la sanción moratoria no es un asunto netamente temporal, sino que es necesario analizar la buena o mala fe del empleador, esta última, en su sentir, se hace presente porque la administración debía conocer la norma aplicable al presente caso y, al negar el pago de las sumas de dinero reclamadas antes de la presentación de la demanda (que de haber sido pagadas afectarían el valor de las prestaciones a cancelar, entre ellos las cesantías) demostró

³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia 21074 del 22 de abril de 2004, Magistrado Ponente Carlos Isaac Nader.

desconocimiento de lo que por ley debe saber y, por consiguiente mala fe, dado que no se consignó el valor debido, lo que también permite el cobro de la sanción moratoria.

II. CONSIDERACIONES

Cuestión previa.

Antes de establecer el problema jurídico que ocupará la atención de la Sala, en los términos del recurso de apelación, corresponde analizar si era procedente declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, tal como fue planteada en la sentencia de primera instancia, ya que solo a partir de la configuración de ésta, deberá la Sala realizar el estudio sustancial de las pretensiones realizadas por el apelante.

Al respecto, se observa que el *a quo* se declaró inhabilitado para pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones derivadas de los cargos de Administrador de la Galería y Vigilante de la Biblioteca, bajo el entendido de que el señor Julio Cesar Paz Hurtado demandó la nulidad del Oficio OF.TH.C.CH.171 del 8 de mayo de 2012 proferido por el Alcalde del municipio de Cartagena del Chairá y no otros actos administrativos que debían ser los demandados por ser definitivos, ya que fueron los que resolvieron de fondo algunas de las peticiones presentadas por el actor.

En virtud de lo anterior, procede la Sala a estudiar cada uno de los actos que, según el Tribunal Administrativo del Caquetá, debieron ser demandados a fines de establecer si se hace necesaria la declaratoria de ineptitud sustantiva de la demanda.

A través de la Resolución 0021 del 1 de febrero de 2012³⁵ proferida por el Alcalde Municipal de Cartagena del Chairá, se liquidaron y cancelaron las prestaciones sociales del demandante por su desempeño en el cargo de Administrador de la Galería Municipal en los siguientes términos:

“ (...) Que mediante el Decreto 014 del 3 de enero de 2008 se nombró al señor Julio Cesar Paz Hurtado en el cargo de Administrador de la Galería Municipal de la Alcaldía Municipal de Cartagena del Chairá.

*Que mediante Resolución 003 del 2 de enero de 2012 en su artículo 1 se **ACEPTA la renuncia presentada por el Servidor Público Julio Cesar Paz Hurtado como Administrador de la Galería Municipal de Cartagena del Chairá.***

*Que al señor Julio Cesar Paz Hurtado quien (...), se le debe cancelar proporcionalmente las prestaciones sociales a las que tiene derecho por haber laborado **en el cargo de Administrador de la Galería de la Alcaldía Municipal de Cartagena del Chairá, durante el período comprendido del 3 de enero de 2008 al 2 de enero de 2012.***

³⁵ Visible a folios 41 a 44 del expediente.

Que las prestaciones sociales a cargo del empleador que se adeudan a la fecha, al señor Julio Cesar Paz Hurtado (...) son las siguientes:

1. Vacaciones.
2. Prima de vacaciones.
3. Cesantías.
4. Intereses de cesantías.

(...)

RESUELVE

Artículo 1. Reconózcase las vacaciones, primas de vacaciones, bonificación especial de recreación, cesantías y los intereses de las cesantías como las prestaciones sociales que se le adeudan al señor Julio Cesar Paz Hurtado **por haber laborado en el cargo de Administrador de la Galería de la Alcaldía Municipal de Cartagena del Chairá durante el periodo comprendido del 3 de enero de 2008 al 2 de enero del 2012.**

Artículo 2. **Liquidense las prestaciones sociales a las que tiene derecho el señor Julio Cesar Paz Hurtado por haber laborado en el cargo de Administrador de la Galería de Cartagena del Chairá durante el periodo comprendido del 3 de enero de 2008 al 2 de enero del 2012, de acuerdo a lo establecido en el considerando de la presente providencia y del respectivo anexo la presente liquidación.**

Artículo 3. Páguese el valor de CINCO MILLONES Cuatrocientos SETENTA Y SIETE MIL doscientos veinte pesos (\$5.477.220) M/CTE a favor del señor Julio Cesar Paz Hurtado por concepto de las prestaciones sociales a cargo del empleador y a que tiene derecho el ex funcionario por haber laborado en el período comprendido del 3 de enero de 2008 al 2 de enero del 2012 en el cargo de Administrador de la Galería de la Alcaldía de Cartagena del Chairá.

Artículo 4. Ordénese la gestión presupuestal para el pago de las dotaciones que no fueren prescritas.

(...)” (Lo resaltado en negrilla es de la Sala).

Por medio del Oficio de 13 de febrero de 2012³⁶, fue resuelto el derecho de petición presentado por el actor el 18 de enero de 2012³⁷ en que solicitó i) el pago de la prima de mitad de año correspondiente al 2010 como administrador de galería; ii) el pago de las dotaciones a las que tenía derecho durante los años 2008 al 2011; y, iii) el reconocimiento y pago de las 1960 horas extras que laboró en cumplimiento de su labor como Vigilante de la Biblioteca Municipal. Para el efecto dispuso:

“(...) Mediante la resolución No. 0021 del 1 de febrero de 2012 se dio de manera parcial respuesta a sus pretensiones en los acápite 2 y 3, referente a la petición realizada en el numeral 4, las dotaciones se encuentran pendientes por establecer su monto para lo cual en los siguientes días estaremos dando respuesta a su petición; y lo pertinente al pago de horas extras mencionadas se le informa que no es pertinente reconocer emolumentos distintos a los que fueron relacionados en su liquidación final, ya que usted fue nombrado para que cumpliera funciones como **Administrador de Galería y las funciones realizadas como bibliotecario son adicionales si las hizo y es potestativo del Alcalde como nominador**, las funciones propias que están indicadas en el manual de funciones.

Una vez decretadas las practicas y recibida cada una de las pruebas, se concluye que **no existe acto administrativo de delegación de funciones como**

³⁶ Visible a folio 196 del expediente

³⁷ Visible a folios 37 y 38 del expediente.

celador o vigilante, por tanto, se niega el reconocimiento de horas extras solicitadas en el numeral 5.” (Lo resaltado en negrilla es de la Sala).

A través del Oficio OF.TH.CCH.171 del 8 de mayo de 2012³⁸ el Alcalde del municipio de Cartagena del Chairá, contestó el derecho de petición presentado por el señor Julio Cesar Paz Hurtado el 16 de abril de 2012, en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago de las salarios y demás emolumentos por las labores desempeñadas como Administrador de Galería, bibliotecario y Celador, en el siguiente sentido:

“(…) 1. Dentro del proceso administrativo con radicado N. 18-01-012-19-01-012-009-01 (Resolución 009 del 19 de enero de 2012, Resolución 0021 de febrero 01, Oficio del 13 de febrero de 2012, Resolución N 064 de marzo 7 de 2012), se absolvieron sus pretensiones relacionadas en el numeral primero del Derecho de Petición; excepto, la solicitud de indemnización por despido sin justa causa, la cual se niega de plano, teniendo en cuenta que fue una decisión administrativa con fundamento en e artículo 36 del Código Contencioso Administrativo y atendiendo la solicitud expresa de renuncia que presentó usted.

(…)

5. El hecho de que una administración no haya aplicado el principio de austeridad en el gasto, no significa que una nueva administración derroche el patrimonio público sin atender este principio. Por tanto, la liquidación de dotaciones se realizó con fundamento a precio real de mercado, previa solicitud de cotizaciones a comerciantes reconocidos del municipio y que hacen parte del proceso administrativo 18-01-012-19-01-012-009-01 (…)”

En virtud de lo anterior se puede concluir que a través del Oficio del 13 de febrero de 2012, el Secretario de Gobierno del municipio de Cartagena del Chairá, definió de manera definitiva lo referente a los cargos de Administrados de la Galería y Vigilante de la Biblioteca, *a contrario sensu* el Oficio OF.TH.CCH.171 no dio una respuesta de fondo a la petición presentada, sino que se limitó a hacer referencia a otros documentos que ya habían resuelto las mismas.

De acuerdo a lo esbozado y, teniendo en cuenta lo dicho en el artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³⁹, decide la Sala, confirmar la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por el Tribunal Administrativo del Caquetá y, por tanto, declararse inhibida para pronunciarse sobre las prestaciones referentes a los cargos de Administrador de la Galería y Vigilante de la Biblioteca, debido a que el acto demandado no contiene la decisión de fondo y definitiva que expresa la voluntad de la Administración, sino una respuesta reiterativa por parte de la Alcaldía Municipal. En un caso similar al *sub-examine*, el Consejo de Estado⁴⁰ ha afirmado lo siguiente:

³⁸ Visible a folios 51 y 52 del expediente.

³⁹ Ley 1437 del 2011. “ (...) Artículo 43: Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación. (...)”

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, radicación número: 68001-23-33-000-2013-00984-0 (0904-16), Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

“(...) Significa lo anterior, que se provocó un nuevo pronunciamiento de la administración, desconociendo que ya existía lo que se denomina cosa decidida en materia administrativa, cualidad otorgada al acto administrativo, una vez cumplida todas las etapas de su procedimiento cuya decisión conclusiva solo puede ser cuestionada en sede judicial a través del proceso contencioso administrativo. (...)”

En esta línea, no era procedente suscitar un nuevo pronunciamiento de la administración ni mucho menos con base en este ejercitar a la administración, pues como se dijo ocurrió el fenómeno de la cosa decidida administrativa, situación que deviene en la ineptitud sustantiva de la demanda al demandarse un nuevo acto administrativo desconociendo la existencia de un acto anterior que decidió la causa petendi en sede administrativa (...).”

En tal virtud, la Sala decidirá solo lo concerniente al reclamo de los derechos laborales devengados en razón de la función de Bibliotecario Municipal, ya que fue éste el único cargo que no resolvió la administración a través de un acto previo que se constituyera como definitivo, esto es, el Oficio del 13 de febrero de 2012 suscrito por el Secretario de Gobierno del municipio de Cartagena de Chairá.

Problema jurídico

Determinar si el señor Julio Cesar Paz Hurtado, pese a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política, tiene derecho al reconocimiento y pago de los emolumentos dejados de percibir con ocasión al tiempo en el que, presuntamente, se desempeñó como Bibliotecario Municipal de Cartagena del Chairá, Caquetá, esto es desde el 1 de agosto de 2010 hasta el 2 de enero de 2012.

De resolverse de manera afirmativa el anterior cuestionamiento, entrará la Sala a establecer, como problema jurídico asociado, si por el hecho de no haber reconocido y pagado a tiempo los emolumentos a los que tenía derecho el demandante, debe sufrir la entidad demandada la imposición de una sanción moratoria.

Para el efecto, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden: i) de los derechos laborales y prestacionales en relación con la prohibición planteada en el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia ; ii) de la sanción moratoria; y, iii) del caso en concreto.

i) De los derechos laborales y prestacionales en relación con la prohibición planteada en el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia.

Conforme al artículo 25 de la Constitución Política, el Estado debe garantizar el derecho al trabajo en la población en condiciones de justicia y vida digna, por lo que no puede entenderse éste como el cumplimiento de una serie de labores, si no que lleva implícito una retribución que, además de ser proporcional al trabajo realizado, debe garantizar la consecución de otros factores tal como lo expone la Corte Constitucional⁴¹:

“(...) También hace parte del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, la adecuada retribución o remuneración obtenida por la actividad laboral desplegada, es decir, el salario, que en todo caso debe colmar las necesidades y urgencias de quien efectúa la actividad laboral, y que se entienden vitales porque buscan garantizar no solo los derechos fundamentales de quien trabaja sino de su núcleo familiar dependiente, en aspectos tan trascendentales como vivienda, vestido, alimentación, educación, salud, entre otros (...).”

En virtud de lo anterior, la normativa colombiana ha establecido el reconocimiento y pago de diversos factores salariales y prestacionales a fin de asegurar una vida digna y de cubrir posibles contingencias que se puedan presentar de manera presente o futura en el curso de los trabajos desempeñados, sin que esto genere un detrimento injustificado al Estado, dichos factores pueden variar de acuerdo a la implicación de la relación laboral y a las condiciones de la misma, es así como nacen ciertas circunstancias diferenciales para los servidores públicos.

Entre las disposiciones que distinguen los derechos laborales y prestacionales a los que tienen acceso quienes desempeñan un cargo público, se encuentra la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política que determina que:

“(...) ARTÍCULO 128: Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas. (...).”

El mencionado trato distintivo tiene su fundamento en el bien jurídico de la moralidad administrativa, explicado por la Corte Suprema de Justicia⁴² en los siguientes términos:

“(...) La filosofía del precepto constitucional que no permite la percepción de dos asignaciones del Tesoro Público o que provengan de empresas o de instituciones en que la participación estatal sea principal o mayoritaria, no es otra que la de impedir, por razones de moralidad y decoro administrativos, que los empleados oficiales puedan valerse de su influencia para obtener del Estado una remuneración diferente o adicional a la que perciben como sueldo, sea que tal asignación adicional revista el carácter de honorario, dieta o como quiera denominarse. Pero debe observarse que esa prohibición constitucional no puede

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-157 DE 2014, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Sección Primera de la Sala de Casación Laboral, enero 27 de 1995, radicado 7109, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.

extenderse a aquellos casos en los cuales no se vulnera esa norma, que tiende - se repite- a preservar la moral en el servicio público.(...)"

En resumen, el artículo 128 establece una clara incompatibilidad con otros tipos de relaciones laborales, estrechamente relacionada con la remuneración de los servidores estatales: en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, así como la recepción de más de una asignación que provenga del erario público, sin embargo esta limitante no es absoluta, es así como mediante el artículo 19 de la Ley 4 de 1992⁴³ se crean ciertas excepciones a esta regla general:

"(...) ARTÍCULO 19: Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

(...)

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;*
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados. "*

Cabe destacar que, quien desempeñe un cargo público que no esté contemplado dentro de las anteriores excepciones, se verá afectado por la prohibición respecto a cualquier asignación laboral, término desarrollado desde hace tiempo atrás por la Corte Suprema de Justicia⁴⁴ de la siguiente manera:

" (...) Puede afirmarse que el vocablo "asignación" es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibida por los servidores públicos - sin excepción, dado que la expresión "nadie" no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa.

Bajo el vocablo asignación queda comprendida toda remuneración que se reciba en forma periódica, mientras se desempeña una función.(...)"

En este orden de ideas, se permite concluir la Sala respecto al tema tratado que, el Estado protege de manera constitucional el derecho al trabajo y su remuneración en condiciones de dignidad humana y justicia, sin embargo, en defensa del bien jurídico de la

⁴³ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia No. 2246-9 del 11 de diciembre de 1961, Magistrado Ponente Enrique López de Pava.

moralidad pública, se prohíbe la recepción de dos o más asignaciones que provengan del tesoro público, de tal forma que quien incurra en estos casos, verá limitado el pago de sus emolumentos por ir en contravía de los fines del Estado.

ii) De la sanción moratoria:

El Estado, en cumplimiento de los principios del Derecho Laboral, debe garantizar el mínimo vital y móvil para cada uno de los ciudadanos, es por esto que ha creado una sanción para aquellos empleadores (incluyendo al Estado) que no paguen a tiempo los Derechos Laborales a los que se hace acreedor un empleado, al respecto ha dicho la Corte Constitucional⁴⁵:

“(...) El ordenamiento jurídico laboral ofrece diferentes alternativas para evitar que el incumplimiento del empleador irroge perjuicios desproporcionados al trabajador. En primer término, establece la indemnización moratoria y los intereses supletorios para todos aquellos ingresos relacionados con la retribución por el trabajo o con la cobertura de los riesgos inherentes al empleo, ello a través de la amplia fórmula prevista en el artículo 65 CST, que extiende esa obligación para los “salarios y prestaciones en dinero”. Además, procede conjuntamente la indexación, en tanto mecanismo objetivo de corrección monetaria, que en cualquier caso también se aplica cuando se eximiere al empleador de la indemnización con base en la acreditación de su buena fe. Ello con el fin de impedir que el trabajador vea afectado su patrimonio en razón de la mora del empleador. (...)”

Para el efecto, el legislador ha establecido una sanción a cargo del empleador moroso en el pago de las cesantías que no se realice en los términos de la Ley 50 de 1990 que en su artículo 99 establece:

“(...) ARTÍCULO 99: El nuevo régimen especial de auxilio de cesantías, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

(...)”

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2009, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

En principio, las normas sobre cesantías establecidas en la mencionada Ley sólo eran aplicables a los trabajadores que se vinculaban mediante contrato de trabajo y que se regían por las normas del Código Sustantivo del Trabajo. No obstante, con la expedición de la Ley 344 de 1996 (artículo 13, reglamentado por el Decreto 1582 de 1998), el régimen anualizado de cesantías se extendió a todas las personas que se vincularan con los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996. Se hace entonces pertinente mencionar lo establecido en la Ley 1071 de 2006 en su artículo 5:

“(...) 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. (...)”

La Sección Segunda del Consejo de Estado⁴⁶, al pronunciarse sobre la figura de la sanción por mora en el pago de las cesantías, consignó lo siguiente:

“(...) La Sala debe señalar que la sanción moratoria por disposición legal y en virtud del criterio unificador de la Sección Segunda, se hace exigible 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 (sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo), en cuenta individual del trabajador dentro del plazo legal (antes del 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causó la prestación). Así las cosas, no es posible establecer la exigibilidad de la obligación a partir de la terminación de la relación laboral, por cuanto allí se genera el deber de reconocimiento o pago de las cesantías definitivas o la porción debida, cuyo incumplimiento deviene en la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, pero que se configura por el incumplimiento del término para el reconocimiento de las cesantías o el pago que se hiciere de manera tardía directamente al empleado afiliado, cuando solicita su retiro parcial o definitivo y no por la omisión de la consignación en la entidad privada administradora del derecho prestacional. (...)”

Nótese que la sanción moratoria se hace exigible solo a partir del momento en que el empleador incumple el deber de consignar el valor correspondiente a la liquidación definitiva de cesantía o por la anualidad o por la fracción correspondiente.

iii) Del caso en concreto.

⁴⁶CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Segunda, sentencia 08001-23-31-000-2011-00749-01 de 12 de Octubre de 2016, Magistrada Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

En el *sub lite* el señor Julio Cesar Paz Hurtado se encuentra inconforme con lo determinado en el Oficio OF.TH.C.CH.171 de 8 de mayo de 2012, por cuanto de un lado solicitó el reconocimiento y pago de todos los emolumentos derivados de su desempeño en el cargo de Bibliotecario Municipal, y de otro requirió la imposición de una indemnización moratoria por el no pago a tiempo de las cesantías por parte de la administración, motivo por el que la Sala se referirá a ambas pretensiones de manera independiente.

i. Derecho al reconocimiento y pago de emolumentos en razón del cumplimiento de funciones en el cargo de Bibliotecario.

Para el efecto, es necesario tener en cuenta la situación fáctica que rodea al demandante. En tal sentido se evidencia que el señor Julio Cesar Paz Hurtado fue nombrado como Administrador de la Galería Municipal⁴⁷ por medio del Decreto 014 del 3 de enero de 2008⁴⁸.

Ahora bien, el 23 de febrero de 2010⁴⁹ la Coordinadora de la Red Departamental de Bibliotecas Públicas de Caquetá acordó con el Municipio de Cartagena del Chairá, las siguientes obligaciones:

“ (...)

j. Designar mediante Resolución de nombramiento al bibliotecario y al personal necesario para atender de manera permanente y exclusiva la BIBLIOTECA.

k. Permitir y garantizar la participación del bibliotecario en los programas de capacitación. Que ofrece el Ministerio de Cultura o los Gobiernos Nacional o Departamental, y asignar los recursos necesarios para el desplazamiento y estadía por el mismo.

l. Garantizar la permanencia y no rotación del cargo, del bibliotecario encargado de la biblioteca que ha recibido la capacitación del Ministerio.

(...)”

En tal virtud, el demandante aseguró que el Alcalde del Municipio de Cartagena de Chairá, de aquél entonces, le pidió que de manera simultánea desarrollara la labor de Bibliotecario Municipal, no obstante, dentro del material probatorio que obra en el expediente no se evidencia acto administrativo que certifique su nombramiento en dicho cargo, lo cual según la Ley 909 del 2004⁵⁰ se hacía necesario para lograr una vinculación efectiva con la administración que hicieran exigibles sus derechos laborales y prestacionales que de ella se deriven.

⁴⁷ Nombre que recibe la plaza de mercado del municipio.

⁴⁸ Visible a folios 3 y 4 del expediente.

⁴⁹ Visible a folios 72 a 74 del expediente.

⁵⁰ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

En virtud de lo anterior, debería concluirse que le es imposible al apelante exigir el reconocimiento y pago de sus emolumentos debido a que no se encuentra vinculado a la administración de manera legal y reglamentaria y, por tanto, no es ésta responsable del cumplimiento de sus peticiones, sin embargo, es importante precisar que según la Corte Constitucional⁵¹ “[l]a administración como una de las mayores fuentes de empleo no puede desconocer el valor del trabajo, así como la prevalencia de los principios enunciados en el artículo 53 de la Constitución Política Nacional. (...)”

En este sentido, uno de los principios más importantes del derecho laboral es el de la primacía de la realidad, según el cual deben preferirse los datos que ofrece la realidad por sobre aquéllos que figuren formalmente en acuerdos o documentos. Se trata de un postulado que se encuentra dirigido a analizar el aspecto factico o probatorio, más que el puramente legal. La Corte Constitucional al hacer referencia a este principio señaló⁵²:

(...) La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (C.P., art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo (...). La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. (...)

En tal virtud, corresponderá a la Sala determinar si, pese a la falta de documentos que demuestren el cumplimiento de los requisitos legales para posesionarse en el cargo de Bibliotecario, logró el demandante probar sí desempeñó tal cargo. En tal sentido se evidencia que fueron allegadas las siguientes pruebas:

El 1º de septiembre de 2010⁵³ el Alcalde de Cartagena del Chairá, certificó que el señor Julio Cesar Paz Hurtado venía desempeñando las funciones de Bibliotecario Municipal desde el 31 de agosto de 2010, motivo por el que dispuso que le serían reconocidas las horas extras “(...) de acuerdo al convenio verbal de fecha 01 de septiembre de 2010, hasta que finalicen las funciones o se disponga lo contrario (...).

Lo expresado en este documento guarda relación con lo manifestado el 3 de septiembre de 2010 por la Coordinadora Departamental de Bibliotecas Publicas⁵⁴, quien certificó que el demandante “(...) se presentó el 3 de septiembre de 2010 a la Oficina de la División

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia 7457 de 1992, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵³ Visible a folio 11.

⁵⁴ Visible a folio 12.

Bibliotecaria de la Universidad de la Amazonía con la finalidad de presentarse como nuevo bibliotecario de la Biblioteca Pública Diógenes Saldaña Rodríguez (...)”.

En similar forma se pronunció la Gerente del Instituto Municipal de Cultura, Recreación, Deporte y Turismo de Cartagena del Chairá, quien mediante Certificación del 31 de marzo de 2011⁵⁵ afirmó que el señor Julio Cesar Paz Hurtado fungía como administrativo con funciones de Bibliotecario y Vigilante.

Ahora bien, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones creó el Programa “*Tecnologías para Educar*”, el cual en el año 2011, decidió beneficiar a la Biblioteca “Diógenes Saldaña Rodríguez” del municipio de Cartagena del Chairá con una dotación de computadores, para el efecto, el Alcalde Municipal envió una carta a dicho ministerio con la finalidad de informarles que la persona encargada de recibir los equipos de computo sería el señor Julio Cesar Paz Hurtado por ser parte de su labor como Bibliotecario⁵⁶.

Como parte del desarrollo del mencionado programa, fueron suscritos los siguientes documentos: Acta de entrega e instalación de los equipos del 3 de noviembre de 2011⁵⁷; Certificado de carpeta institucional con acta de cierre del 6 de noviembre de 2011⁵⁸; y, Acta de cierre de la Fase de Gestión e Infraestructura⁵⁹, todos ellos suscritos por el Alcalde Municipal y el señor Julio Cesar Paz Hurtado como representante de la Biblioteca Municipal.

Adicionalmente, el señor Orlando Arteaga, quien fungió como Alcalde del municipio de Cartagena del Chairá declaró el 12 de abril de 2012 ante la Notaria Primera del Círculo de Florencia, Caquetá, que⁶⁰:

*“(..). 3. Declaro bajo la gravedad de juramento que, en mi calidad de Alcalde de Cartagena del Chairá Caquetá, el día 01 de septiembre de 2010, le ordené al señor JULIO CESAR PAZ HURTADO (...) administrativo del municipio y **quien cumplía funciones como Bibliotecario Municipal según consta en el acuerdo o acto administrativo el 31 de agosto de 2010 en Cartagena del Chairá, Caquetá, que cumpliera con las funciones de vigilante de la biblioteca y se acordó que dicha labor le sería pagada como horas extras, de acuerdo al convenio verbal que se hizo el 01 de septiembre de 2010, hasta que se dispusiera lo contrario (...)**”.*(Lo resaltado en negrilla es de la Sala).

Las pruebas documentales aportadas se encuentran en concordancia con las pruebas testimoniales allegadas al proceso, de los señores Jennifer Alejandra Paz

⁵⁵ Visible a folio 13.

⁵⁶ Visible a folios 14 y 15.

⁵⁷ Visible a folios 25 a 28.

⁵⁸ Visible a folio 29.

⁵⁹ Visible a folios 32 a 34.

⁶⁰ Visible a folio 35.

Hernández, Clara Inés Parra Montaña; Orlando Arteaga, entre otros⁶¹, esto es, que el señor Julio Cesar Paz Hurtado se vinculó a través de una relación legal y reglamentaria con el Municipio, en el cargo de Administrador de la Galería y, posteriormente, de manera verbal le fue asignada la función de Bibliotecario, por lo que debía cumplir con ambas funciones a lo largo del día.

En virtud de lo anterior, se puede concluir de acuerdo al material probatorio, que el demandante se desempeñó por disposición del Alcalde de Cartagena del Chairá, como Administrador de la Galería Municipal y Bibliotecario de manera simultánea, motivo por el que sería procedente el reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir, por haberse desempeñado en el último de los mencionados, máxime cuando entre éstos no existen funciones complementarias o afines, de hecho, se encuentran adscritos, respectivamente, a la Secretaría de Gobierno y al Instituto Departamental de Bibliotecas Públicas del Caquetá.

Sin embargo, la Constitución Política en su artículo 128 estipuló “[n]adie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado (...)”, a menos que se encuentren dentro de las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, pero la situación del señor Julio Cesar Paz Hurtado no es el caso, motivo por el que es imposible ordenar el pago de los emolumentos solicitados para los cargos de Administrador de la Galería y Bibliotecario Municipal, pero a cambio encuentra la Sala viable el reconocimiento y pago de la diferencia salarial existente entre éstos, tal y como lo ordenó el *a-quo*.

ii. Derecho del demandante al pago de una indemnización por sanción moratoria dado que no recibió a tiempo el pago de sus cesantías.

La sanción moratoria por el no pago de las cesantías es una reparación a cargo del empleador que retarda el pago de los salarios y prestaciones sociales que se le adeudan al trabajador al momento de la terminación del respectivo contrato de trabajo, consistente en una suma igual al último salario diario por cada día de demora en la cancelación de lo adeudado.

Afirma el demandante que, si bien la Administración de Cartagena del Chairá realizó el pago de los aportes a cesantías una vez finalizada su relación laboral, éste no fue completo, toda vez que se realizó sin tener en cuenta el reconocimiento de las sumas de

⁶¹ Disco Compacto visible a folio 303 del expediente.

dinero correspondientes a los emolumentos derivados de su trabajo en los cargos de Administrador de la Galería, Bibliotecario y Vigilante, los cuales hubiesen aumentado la cifra a pagar por concepto de cesantías, por lo que, en sus sentir, el hecho de no haber pagado la suma completa, es equiparable a no haber pagado a tiempo.

Procede entonces esta Corporación a evaluar los dos factores que en el sentir del demandante constituyen las causales por las que se configura la indemnización moratoria a su favor, a saber, que se venció el tiempo para presentar los aportes a cesantías y, el hecho de que no se hubiesen tenido en cuenta en su totalidad los derechos salariales a los que debía acceder.

En referencia al tiempo, al revisar el expediente se encuentra que el 15 de febrero de 2014 fue expedido certificado de Porvenir S.A.⁶² donde se evidencia que se realizó la consignación de las cesantías al demandante desde el 2008 hasta el 2010 por parte del ente demandado y, en cuanto a la liquidación de las mismas en razón de su retiro del cargo, consta su reconocimiento en la Resolución 0021 del 1 de febrero de 2012⁶³ realizada por el Alcalde Municipal y su pago en el acta de liquidación suscrita por la misma autoridad⁶⁴, por lo que no encuentra la Sala ninguna irregularidad respecto al tema en referencia.

La segunda causal que podría configurar, en el concepto del demandante, una indemnización a su favor, es el hecho de que en la liquidación de las prestaciones sociales no fueron tenidos en cuenta factores salariales y prestacionales que se le debían, según él, debido a la mala fe de la Administración. Al respecto, esta Corporación en sentencia de 11 de mayo de 2017⁶⁵ estableció que el pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías anualizadas no se encuentra condicionado a demostrar la mala fe del empleador. Al efecto, señaló lo siguiente:

“(...) De los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 99 de la Ley 50 de 1990 esta Subsección advierte que, para que se cause la sanción moratoria no es un requisito la demostración de la buena o mala fe del empleador estatal. Ello por cuanto la sanción se origina por la sola mora en la consignación de las cesantías anualizadas al fondo de cesantías elegido por el empleado. En consecuencia, la única exigencia regulada por la ley para que haya lugar al pago de la sanción moratoria objeto de discusión, es que la entidad estatal consigne por fuera del plazo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 los valores liquidados a 31 de diciembre del año anterior por concepto de cesantías. (...)”

⁶² Visible a folio 348 del expediente.

⁶³ Visible a folios 221 a 224 del expediente.

⁶⁴ Visible a folios 226 y 227 del expediente.

⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO–Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 11 de mayo de 2017, radicado 2012-00097-01, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

Si bien se ha dejado clara la posición del Consejo de Estado en relación al tema *sub examine*, aclara la Sala, que en este caso no se hace evidente la mala fe de la Administración, porque precisamente, al reconocer y pagar las cesantías en los términos correspondientes se evidencia su apego a la norma y el hecho de que el resultado no correspondiera a las expectativas del demandante no es motivo suficiente para afirmar que hubo mala fe en su actuar, máxime si se ha determinado a lo largo del presente análisis que la Administración actuó de manera ajustada a la normatividad pertinente.

En tal sentido, se considera que no es posible ordenar a la Alcaldía del Municipio de Cartagena del Chairá el pago de una indemnización moratoria cuando todos los pagos fueron realizados a tiempo, ajustados a la ley y sin observarse mala fe en su actuar.

Así las cosas, la Sala confirmará el fallo de primera instancia que resolvió, de un lado, declararse inhabilitado respecto a los cargos de Administrador de la Galería Municipal y Vigilante de la Biblioteca por encontrarse probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda; y de otro conceder parcialmente las pretensiones relativas al cargo de Bibliotecario de la Biblioteca Municipal.

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

FALLA

CONFIRMAR la sentencia del 10 de diciembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Julio Cesar Paz Hurtado contra el Municipio de Cartagena del Chairá, Caquetá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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

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

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ