

CESANTIAS EMPLEADO PUBLICO - Pago oportuno / CESANTIA - Norma aplicable empleado público / MORA EN EL PAGO DE CESANTIAS - Un día de salario por cada día de retardo

La Ley 244 de 1995 determinó los términos para el pago oportuno de las cesantías a los servidores públicos, y estableció sanciones sobre el particular: "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. ARTÍCULO 2o. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social. PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste."

FUENTE FORMAL: LEY 244 DE 1995

LEY DE REESTRUCTURACION DE PASIVOS - Entidades territoriales / ENTIDADES TERRITORIALES - Pasivos laborales / PASIVOS LABORALES - Ley de reestructuración de pasivos laborales / PROTECCION DE DERECHOS LABORALES - Por la OIT

La Ley de Reestructuración de Pasivos o Ley 550 de 1999, conocida como la Ley de Reactivación empresarial o reestructuración de los entes territoriales se concibió en lo público como un régimen para la reestructuración de los entes territoriales que facilitara el desarrollo armónico de las regiones, la prestación de sus servicios y para restablecer su viabilidad mediante la organización del pago de sus deudas. En la exposición de motivos de la citada Ley del 99, en tratándose de los pasivos laborales se dijo: "En cuanto a las acreencias pensionales y laborales, se exige que en aquellos eventos en los cuales el deudor tenga pensionados a su cargo, debe incluir en el acuerdo cláusulas relativas a la normalización de sus pasivos pensionales. Por otra parte, se admite la celebración de convenios que tengan por objeto la suspensión total o parcial de cualquier prerrogativa laboral de naturaleza económica que exceda el mínimo legal correspondiente a las normas del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales deber ser concertados directamente entre el deudor y el sindicato que legalmente pueda representar a sus trabajadores, y entre el deudor y los trabajadores no sindicalizados que individualmente consienten en ello." La protección de los derechos laborales ha sido una prioridad, no solo de las acreencias anteriores al inicio de la negociación, sino de las que se causaren dentro del mismo. Ahora bien, esta protección no ha sido solo de carácter interno, pues la Organización Internacional del Trabajo - OIT - a través del Convenio C-173 de 1972, también la ha contemplado y ha sido muy específica en el caso de insolvencia del empleador.

FUENTE FORMAL: LEY 550 de 1999 / CONVENIO C-173 DE 1972 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO

ACUERDOS DE REESTRUCTURACION DE PASIVOS - Pago de cesantías y sanción moratoria / DERECHOS CIERTOS E INDISCUTIBLES - No los pueden desconocer el acuerdo de reestructuración de pasivos laborales

Los procesos concursales, responden al interés del Estado de lograr, con la participación de los acreedores, la viabilidad económica de una empresa o entidad pública que se encuentra en imposibilidad de atender oportunamente las obligaciones contraídas. Para alcanzar este objetivo, la legislación ha previsto la celebración del acuerdo de reestructuración, en el que, una vez evaluado el estado financiero de la empresa, se establecen las acreencias y el término y la forma para el cumplimiento de las mismas. En este contexto, debe tenerse en cuenta que si bien en un proceso de reestructuración se persigue la igualdad de los acreedores, no puede desconocerse la figura de la prelación de créditos, como: "(...) el conjunto de reglas que determinan el orden y la forma en que debe pagarse cada uno de ellos. Se trata entonces de una institución que rompe el principio de igualdad jurídica de los acreedores, de modo que debe ser interpretada restrictivamente, ya que no hay lugar a decretar preferencias por analogía; sólo existen aquellas expresamente contempladas en la ley". La ley es la que determina en que orden se han de satisfacer las acreencias "o sea que los particulares no pueden modificar la pars conditio o el orden de prelación por pacto entre ellos". Los Acuerdos de Reestructuración de Pasivos laborales deben contar con la aprobación de los trabajadores, sin que puedan desconocer derechos ciertos e indiscutibles.

FUENTE FORMAL: LEY 550 DE 1999

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil once (2011).

Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02156-01(0910-10)

Actor: FABIO GUERRERO SALGADO

Demandado: DISTRITO ESPECIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA

I. ANTECEDENTES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 12 de agosto de 2009, dentro del proceso promovido contra el DISTRITO ESPECIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA.

2. PRETENSIONES

El señor FABIO GUERRERO SALGADO, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del C.C.A., solicitó de esta jurisdicción declarar la nulidad del Oficio OAJ 1730 del 9 de agosto de 2005, suscrito en representación del Distrito de Barranquilla por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de cesantías.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se condene al Distrito de Barranquilla, a título de restablecimiento del derecho, a:

“...al pago de un día de salario por cada día de retardo desde el 24 de julio de 2001, es decir, 45 días después de notificada la Resolución que reconoció el derecho, hasta el 9 de junio de 2003, o sea aquél en que se hizo efectivo el pago de sus cesantías definitivas, por no habersele pagado éstas dentro del término de Ley. ... a pagar intereses por mora sobre la suma de \$84.139.564 (ochenta y cuatro millones ciento treinta y nueve mil quinientos setenta y cuatro pesos moneda colombiana) desde el día 9 de junio del 2003 hasta el día en que se produzca el pago definitivo de la condena.” Y a que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que fundamentan las pretensiones del actor, se pueden resumir de la siguiente manera:

El señor Fabio Guerrero Salgado, ingresó a laborar al Distrito de Barranquilla como funcionario público el día 11 de febrero de 2000, y laboró hasta el 20 de noviembre del mismo año.

A través de la Resolución N° 1727 del 14 de mayo de 2001, la Gerencia de Relaciones Humanas y Laborales del Distrito de Barranquilla, ordenó el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, providencia de la que se notifico personalmente el 21 de mayo de 2001 y contra la que no interpuso recurso alguno.

El pago de sus cesantías definitivas no se produjo dentro de los 45 días que ordena la Ley 244 de 1995, por lo que a partir del 24 de julio de 2001, comenzó a causarse la sanción moratoria, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo, hasta la fecha en que se hiciera efectivo el pago definitivo de sus cesantías.

Tal acontecimiento, sólo se vino a producir el 9 de junio de 2003, por lo que en su parecer tiene derecho a que se le reconozcan y paguen 686 días de salarios moratorios, suma que asciende a \$84.139.564 mil pesos.

El salario mensual para el cargo que ocupaba al momento del retiro de la entidad, ascendió a la suma de \$3'511.864 (año 2001), \$3'677.974 (año 2002) y \$3'851.944 (año 2003), tal como se desprende de la certificación proferida por la Jefe de la División de Nóminas y Prestaciones Sociales del Distrito de Barranquilla.

El día 25 de julio de 2005, presentó derecho de petición en interés particular ante el Alcalde Distrital de Barranquilla con el fin de que se expidiera un acto administrativo que ordenara el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía, respondió el derecho de petición formulado, con el Oficio OAJ 1730-05 del 9 de agosto de 2005, precisando que lo solicitado era improcedente, pues el Distrito se había acogido a un proceso de reestructuración de sus pasivos conforme lo prevé la Ley 550 de 1999, celebrando para tal efecto un Acuerdo en el que se dispuso que la entidad territorial no reconocería intereses corrientes ni moratorios, ni indexaría sumas monetarias ni sanciones.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Cito como norma transgredida el artículo 2° de la Ley 244 de 1995.

Como concepto de violación, la parte actora señaló que todo servidor público al ser desvinculado del respectivo ente estatal tiene derecho a que se le reconozcan y paguen entre otras prestaciones, las llamadas cesantías definitivas que deben pagarse al ex servidor público dentro de los 45 días siguientes a la notificación del acto administrativo en el que se ordene su reconocimiento. Y si la administración no procede así, está obligada a reconocer un día de salario por cada día de retardo hasta que se produzca el pago definitivo de las cesantías, o sea que el pago tardío de las cesantías debe ir acompañado del reconocimiento de la indemnización moratoria.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La parte demandada omitió dar contestación al libelo.

6. EL FALLO RECURRIDO.

El Tribunal Administrativo del Atlántico, denegó las súplicas de la demanda. Señaló que la Ley 550 de 1999, autorizó a las entidades territoriales para que impulsaran su reactivación económica, desarrollo social y capacidad de inversión, todo ello en virtud de la primacía del interés general sobre el particular.

En ejercicio de las facultades previstas en la Ley 550 de 1999, el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla inició su proceso de reestructuración, organizando su grupo de acreedores para lograr el ya mencionado acuerdo de pasivos.

El artículo 34 de la mencionada Ley, indica que una vez el Acuerdo quede aprobado es de obligatorio cumplimiento, sin que exista la posibilidad de hacer excepción alguna.

El demandante fue cobijado por el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, debiendo asumir lo allí establecido, incluyendo la excepción del pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Que de conformidad con lo manifestado por el Ministerio Público, por virtud del mencionado proceso de reestructuración de pasivos a que se ha venido haciendo referencia, la respuesta negativa de la administración es justificada y no constituye violación directa del parágrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995, por lo cual estima que no debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado, que negó el reconocimiento y pago de las mencionada sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas a favor del actor y mucho menos, en consecuencia, conceder el restablecimiento del derecho solicitado en la demanda.

El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, no está obligado a cancelar la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas del actor, cuando la cancelación de éstas estuvo supeditada al Acuerdo de Reestructuración luego de acogerse a los preceptos de la Ley 550 de 1999, porque en él se pactó la liquidación del valor nominal de las pretensiones debidas e igualmente se estableció la renuncia de acciones judiciales posteriores.

7. EL RECURSO

La parte demandante interpuso recurso de apelación para que se revoque el fallo de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda.

Manifiesta, que el parágrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995, no contempla excepciones para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Afirma, que la inclusión en el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos del ente territorial contraría lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 550 de 1990, pues indica que el empresario debe atender los gastos administrativos,

entre ellos los referentes a las cesantías, que se causan durante la negociación del Acuerdo gozando de preferencia para su pago.

Señala, que la Corte Constitucional en sentencia C-1143 de 31 de octubre de 2001, advirtió al revisar la exequibilidad de la Ley 550 de 1999, que los gastos administrativos prevén no sólo las acreencias laborales que se causan a partir de la iniciación de las negociaciones del Acuerdo de Reestructuración, sino las acreencias laborales ya existentes.

Sostiene, que la cesantía como obligación laboral es considerada como un gasto administrativo, sin que haga parte integrante del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos de que trata la Ley 550 de 1999, sino que como tal debe ser pagada con preferencia a las obligaciones establecidas en aquel.

Critica el hecho de que terceras personas decidan sobre el derecho que le asiste a la sanción moratoria a través de un Acuerdo de Reestructuración del cual no hizo parte.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Se centra en determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, o si por el contrario en virtud del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos, la Entidad Territorial podía sustraerse de tal obligación.

Acto Acusado

Oficio 1730-05 de 9 de agosto de 2005, proferido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía Distrital de Barranquilla, que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías. (ver folio 10)

De lo probado

Se observa a folios 7 y 7vto, la Resolución N° 1727 del 14 de mayo de 2001, proferida por el Jefe de la División de Nóminas y Prestaciones Sociales de la Oficina de Relaciones Humanas de la Administración Distrital de Barranquilla, en la que consta que el demandante tomo posesión en el cargo de Secretario de Despacho adscrito a la Secretaria de Hacienda Distrital, nombrado según la Resolución N° 0034 del 11 de febrero de 2000, iniciando labores en dicha fecha hasta el 20 de noviembre del mismo año; que su último sueldo fue de (1'614.650), más gastos de representación de (1'614.650).

A pesar de que no obra solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías, la Resolución N° 1727 del 14 de mayo de 2001, proferida por el Jefe de División de Nominas y Prestaciones Sociales de la Oficina de Relaciones Humanas de la Administración Distrital de Barranquilla, señala que fue requerido su reconocimiento por parte del actor.

Mediante escrito radicado el 18 de julio de 2005, (ver folio 8) el demandante solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, durante el período comprendido entre el 24 de julio de 2001 hasta el 9 de junio de 2003.

Según la Certificación emanada del Jefe de la Oficina de Restructuración de Pasivos de la ciudad de Barranquilla (fl. 44) en la base de datos del inventario de acreencias del Distrito de Barranquilla, regulado por la Ley 550 de 1999, la acreencia correspondiente a las cesantías reconocidas mediante la Resolución 1727 de 2001, le fue cancelada mediante el comprobante de egreso N°. 309381 de 9 de junio de 2003.

Normatividad Aplicable

La Ley 244 de 1995 determinó los términos para el pago oportuno de las cesantías a los servidores públicos, y estableció sanciones sobre el particular:

“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.

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

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”¹

De la norma anteriormente transcrita, es claro que:

1. Las cesantías definitivas se cancelan al servidor público a la finalización de su relación laboral con el Estado.
2. La liquidación de la cesantía definitiva debe estar contenida en un acto administrativo precedido por la petición del ex trabajador.
3. La entidad pública que liquida la prestación social y la entidad que la paga, es diferente. La liquidadora, es la entidad patronal y cuenta con 15 días hábiles contados a partir de la solicitud de liquidación de las cesantías, con la excepción que señala la norma, para expedir la resolución de reconocimiento. La pagadora, por su parte, es aquella que tiene la obligación de cancelarlas y para lo

cual tiene un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto liquidador.

4. Si la entidad no realiza el pago dentro del término estipulado en la norma, debe reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de la cesantía.

El propósito del legislador al establecer una sanción por el retardo en el pago de las cesantías definitivas quedó expresado en la exposición de motivos así:

“...la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites. Este hecho origina además cierto tipo de favorecimiento y que se modifique el orden de radicación de las solicitudes, prácticamente al mejor postor.

Además de este factor de corruptela y tras la tortuosa espera, cuando el final se paga al trabajador su

¹ Subrogada por la Ley [1071](#) de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.346 de 31 de julio de

cesantía, tan sólo se le entrega lo que certificó la entidad patronal meses, y hasta años, atrás, al momento de la liquidación. Ni un peso más. No obstante que la entidad pagadora, los Fondos, durante todo ese tiempo han estado trabajando esos dineros a unos intereses elevados, con beneficio para la institución, pero sin ningún reconocimiento para el trabajador.”².

De aquí se extrae, que el Legislador quiso buscar objetividad, igualdad y agilidad en el pago de las cesantías, porque con ello se evitaba la corrupción que tales trámites conllevaban. De otra parte, castigar la inercia de la administración y el incumplimiento de la entidad.

No trae consigo la norma ninguna excepción a la aplicación de la sanción, lo que quiere decir, que si no se pagó dentro del término estipulado para ello, la sanción se aplica; empero, de un análisis hermenéutico puede deducirse, que al ubicarse dentro del mapa legislativo como una sanción, solo podrá exonerarse la entidad incumplida por una razón que justifique su actuación.

De otro lado, planteamos en el problema jurídico que el ente territorial se encontraba en un Programa de Reestructuración de Pasivos, normativa sobre la cual soportó el a quo su decisión, al considerar que era una razón suficiente para justificar el incumplimiento.

La Ley de Reestructuración de Pasivos o Ley 550 de 1999, conocida como la Ley de Reactivación empresarial o reestructuración de los entes territoriales se concibió en lo público como un régimen para la reestructuración de los entes territoriales que facilitara el desarrollo armónico de las regiones, la prestación de sus servicios y para restablecer su viabilidad mediante la organización del pago de sus deudas.

En la exposición de motivos de la citada Ley del 99, en tratándose de los pasivos laborales se dijo:

2006.

“En cuanto a las acreencias pensionales y laborales, se exige que en aquellos eventos en los cuales el deudor tenga pensionados a su cargo, debe incluir en el acuerdo cláusulas relativas a la normalización de sus pasivos pensionales. Por otra parte, se admite la celebración de convenios que tengan por objeto la suspensión total o parcial de cualquier prerrogativa laboral de naturaleza económica que exceda el mínimo legal correspondiente a las normas del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales deben ser concertados directamente entre el deudor y el sindicato que legalmente pueda representar a sus trabajadores, y entre el deudor y los trabajadores no sindicalizados que individualmente consienten en ello.”

El inciso tercero del artículo 1° ibídem, establece que el campo de aplicación incluye a las entidades territoriales, con el siguiente tenor literal:

“Esta ley se aplicará igualmente a las entidades territoriales, de acuerdo con lo dispuesto en el Título V de la misma, y a las sucursales de sociedades extranjeras que desarrollen actividades permanentes en Colombia.”

Por su parte, el párrafo 2° del citado artículo 1° de la Ley 550 de 1999, establece:

“PARAGRAFO 2. Para los efectos de esta ley, se consideran personas jurídicas públicas o de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y demás formas de asociación con personalidad que tengan por objeto el desarrollo de actividades empresariales, en cuyo capital el aporte estatal a través de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas sea igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital suscrito y pagado. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación a cualquier entidad del orden territorial de las reglas especiales previstas en el título V de esta Ley.”

La norma anterior, permite que lo previsto en el título V de la Ley 550 de 1999, pueda ser aplicable a los empleados que como el actor laboraron para el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla.

Por su parte, el artículo 58 (Título V) de la Ley 550 de 1999, estableció lo siguiente:

² Gaceta del Congreso año IV - N°. 225 del 5 de agosto de 1995

“ACUERDOS DE REESTRUCTURACION APLICABLES A LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las disposiciones sobre acuerdos de reestructuración e instrumentos de intervención a que hace referencia esta ley serán igualmente aplicables a las entidades territoriales, tanto en su sector central como descentralizado, con el fin de asegurar la prestación de los servicios a cargo de las mismas y el desarrollo de las regiones, teniendo en cuenta la naturaleza y las características de tales entidades...
(...)”(Subrayas)

El numeral 3° del mencionado artículo 58 de la Ley 550 de 1999,
prevé:

“3. En el acuerdo de reestructuración se establecerán las reglas que debe aplicar la entidad territorial para su manejo financiero o para la realización de las demás actividades administrativas que tengan implicaciones financieras.”

Entretanto, el artículo 19 ídem, previó que:

*“PARTES EN LOS ACUERDOS DE REESTRUCTURACION. Los acuerdos de reestructuración se negociarán y celebrarán entre los acreedores externos e internos de la empresa. Son acreedores externos los titulares de créditos ciertos que pertenezcan a una cualquiera de las cinco clases de créditos previstas en el Título XL del Libro Cuarto del Código Civil y demás normas legales que lo modifiquen y adicionen. **Son acreedores internos los accionistas, socios, asociados o cooperados del empresario que tenga forma jurídica asociativa; el titular de las cuotas de la empresa unipersonal; el controlante de la fundación; y, en general, los socios, controlantes o beneficiarios reales que haya aportado bienes al desarrollo de la empresa en forma demostrable y cuantificable.** Cualquier crédito que se origine en fecha posterior a la de la iniciación de la negociación y con anterioridad a la celebración del acuerdo, no dará derecho a voto; pero su pago se atenderá en forma preferente, de conformidad con el tratamiento propio de los gastos administrativos. En el evento de sustitución de acreedores por causas legales o convencionales, el causahabiente deberá acreditar, en forma siquiera sumaria, su calidad de tal ante el promotor.”* (Negrillas de la Sala)

A su vez, la sentencia C- 1143 de 2001, M.P. Vladimiro Naranjo, en el análisis de constitucionalidad del artículo 17 señaló:

“Si una de las finalidades de la intervención del Estado en la economía es la promoción de su reactivación y siendo uno de los objetivos de la Ley 550 de 1999 el restablecer la capacidad de pago de las empresas, de manera que puedan recuperarse dentro del plazo y condiciones que se prevean en el acuerdo correspondiente, es claro que las empresas sometidas a este mecanismo deben continuar desarrollando normalmente sus actividades, lo cual implica que no pueden dejar de atender sus obligaciones de carácter laboral. El pago preferente de las acreencias laborales como gastos administrativos se consagró expresamente en el artículo 121 de la Ley 222 de 1995, para los efectos del régimen de los procesos concursales, e igualmente está previsto en el artículo 2495 del Código Civil subrogado en lo correspondiente por las Leyes 165 de 1941, art. 1° y 50 de 1994, art. 36, preferencia que tiene pleno soporte en la protección de carácter constitucional que tienen dichas acreencias al tenor de lo establecido en los artículos 1°, 25 y 53 de la Carta Política.

Considera la Corte que no existe diferencia alguna entre las obligaciones de carácter laboral que se generan a partir de la iniciación de la negociación y aquellas existentes a su inicio, que gozan también de la misma protección constitucional por ser acreencias de la misma naturaleza. Entonces, siendo este el genuino sentido de la norma acusada no se presenta infracción al principio superior de la igualdad por parte del precepto bajo análisis, pues pese a que allí solamente se hace alusión a la preferencia para el pago de los gastos administrativos que se causen durante el inicio de la negociación, tal norma resulta ajustada a los dictados de la Carta si se entiende que allí también están incluidas las obligaciones laborales causadas con anterioridad al inicio de la negociación.

Es de anotar que en casos semejantes al estudiado en la presente oportunidad, la Corte ha aplicado el principio de hermenéutica constitucional de la conservación del derecho, en virtud del cual el juez de la Carta preserva al máximo la ley en defensa del principio democrático, cuando quiera que una disposición sometida a su control admite varias interpretaciones, una de las cuales se aviene al ordenamiento constitucional. En tal evento, se deja la norma en el ordenamiento jurídico, pero condicionando su exequibilidad a la lectura conforme a los dictados fundamentales”.

De conformidad con lo expuesto se deduce, la protección de los derechos laborales ha sido una prioridad, no solo de las acreencias anteriores al inicio de la negociación, sino de las que se causaren dentro del mismo.

Ahora bien, esta protección no ha sido solo de carácter interno, pues la Organización Internacional del Trabajo - OIT- a través del Convenio C-173 de 1972, también la ha contemplado y ha sido muy específica en el caso de insolvencia del empleador.

En la parte II el artículo 5º, señaló que los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio de prelación.

A su vez el Artículo 6, consagró que el privilegio deberá cubrir al menos los créditos laborales correspondientes a:

(...)

d) a las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo.

También la misma Conferencia expidió una Recomendación que denominó **“La Recomendación sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992.”**

En este instrumento la OIT tuvo un mayor alcance. Dispuso que la protección conferida por un privilegio debiera cubrir, entre otros, las indemnizaciones por fin de servicios, por despido injustificado y otras sumas adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo.

Recomienda también que los créditos laborales correspondientes al trabajo efectuado a partir de la fecha en que se decidió esa continuación, o sea, a

partir de la negociación, debieran quedar excluidos del procedimiento y saldarse a sus vencimientos respectivos con los fondos disponibles³.

Contenido y alcance de los Acuerdos de reestructuración de Pasivos

Los procesos concursales, responden al interés del Estado de lograr, con la participación de los acreedores, la viabilidad económica de una empresa o entidad pública que se encuentra en imposibilidad de atender oportunamente las obligaciones contraídas. Para alcanzar este objetivo, la legislación ha previsto la celebración del acuerdo de reestructuración, en el que, una vez evaluado el estado financiero de la empresa, se establecen las acreencias y el término y la forma para el cumplimiento de las mismas⁴.

El Acuerdo de Reestructuración fue definido por el artículo 5 de la Ley así:

“ACUERDO DE RESTRUCTURACIÓN. Se denomina acuerdo de reestructuración la convención que, en los términos de la presente ley, se celebre a favor de una o varias empresas con el objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo.

El acuerdo de reestructuración deberá constar por escrito, tendrá el plazo que se estipule para su ejecución, sin perjuicio de los plazos especiales que se señalen para la atención de determinadas acreencias, y del que llegue a pactarse en los convenios temporales de concertación laboral previstos en esta ley.

Para la solicitud, promoción, negociación y celebración de un acuerdo de reestructuración, el empresario y sus acreedores podrán actuar directamente o por medio de cualquier clase de apoderados, sin que se requiera la intervención a través de abogados. Un solo apoderado podrá serlo simultáneamente de varios acreedores”.

El numeral 3º del artículo 34 de la Ley 550 de 1999, regula los efectos del acuerdo de reestructuración, y en concreto, dispone la obligatoriedad

³ Las disposiciones de carácter internacional relacionadas se utiliza como fuente auxiliar e interpretativa del derecho sometido a examen, dado que el convenio no ha sido ratificado por Colombia y no tiene un carácter vinculante para los países miembros de la OIT.

⁴ T-757 de 27 de octubre de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

para las partes del mismo y para aquellos que no participaron en la negociación, o que habiéndolo hecho no consintieron en él.

Uno de esos efectos, es la suspensión durante la vigencia del acuerdo, de la exigibilidad de gravámenes y garantías reales y fiduciarias

En este contexto, debe tenerse en cuenta que si bien en un proceso de reestructuración se persigue la igualdad de los acreedores, no puede desconocerse la figura de la prelación de créditos, como: “(...) *el conjunto de reglas que determinan el orden y la forma en que debe pagarse cada uno de ellos. Se trata entonces de una institución que rompe el principio de igualdad jurídica de los acreedores, de modo que debe ser interpretada restrictivamente, ya que no hay lugar a decretar preferencias por analogía; sólo existen aquellas expresamente contempladas en la ley*”⁵ La ley es la que determina en que orden se han de satisfacer las acreencias “o sea que los particulares no pueden modificar la *pars conditio* o el orden de prelación por pacto entre ellos”⁶.

Esta prelación se reguló específicamente para los entes territoriales en el artículo 58 numeral 7° de la citada ley y dispuso:

“7. Con sujeción estricta a la disponibilidad de recursos de la entidad territorial y con el fin de disponer reglas que aseguren la financiación de su funcionamiento, en el acuerdo de reestructuración y en el convenio de desempeño que suscriba la entidad territorial, se establecerá el siguiente orden de prioridad para los gastos corrientes de la entidad territorial, conforme con los montos que para el efecto se prevean en el mismo acuerdo:

- a) Mesadas pensionales;**
- b) Servicios personales;**
- c) Transferencias de nómina;
- d) Gastos generales;
- e) Otras transferencias;
- f) Intereses de deuda;
- g) Amortizaciones de deuda;
- h) Financiación del déficit de vigencias anteriores;
- i) Inversión”.

⁵ T- 757 de 2009

Ahora bien, sobre el tema de la aplicación de la Ley 550 de 1999, en lo que tiene que ver con la reestructuración de pasivos y pago de las obligaciones laborales de los empleados públicos, especialmente para el pago de las cesantías y sanción moratoria la Sección Segunda ha desarrollado el tema de la siguiente manera:

La Subsección "B" con Ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve (Exp. No. 1268-08) mediante providencia de 22 de octubre de 2009, abordó el tema indicando que el cumplimiento de los Acuerdos de Reestructuración de Pasivos son obligatorios siempre y cuando se hayan acordado y aún para quienes no hayan participado en el trámite, negando el pago de la indemnización moratoria habida consideración que no se pactó en el respectivo Acuerdo:

“...

se concluye que el Municipio de Buenaventura incumplió la obligación de cancelar al actor intereses del 2% nominal mensual sobre el valor adeudado por auxilio de cesantías por el período comprendido entre el 5 de junio de 2001 y el 8 de agosto de 2004, fecha en la que se efectuó el pago de dicha prestación, dado que el acuerdo de reestructuración (Cláusula 17 par. 2), resulta obligatorio para todos los acreedores, incluso para aquellos que no participaron en el trámite del mismo, por expresa disposición del artículo 34 de la Ley 550 de 1999, que reza:

“ARTICULO 34. EFECTOS DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACION. Como consecuencia de la función social de la empresa los acuerdos de reestructuración celebrados en los términos previstos en la presente ley serán de obligatorio cumplimiento para el empresario o empresarios respectivos y para todos los acreedores internos y externos de la empresa, incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación del acuerdo o que, habiéndolo hecho, no hayan consentido en él.

(...)

Por tanto, no habrá lugar a ordenar la indemnización moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 equivalente a un día de salario por cada día de retraso, ya que, como se reitera, el acuerdo de reestructuración -obligatorio para todos los acreedores por expresa disposición legal- estableció una sanción diferente frente al incumplimiento del municipio deudor de sus obligaciones de carácter laboral.”.

En sentencia posterior de 25 de marzo de 2010, la Subsección "A" con Ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, indicó que los Acuerdos de Reestructuración no pueden cercenar los derechos de los trabajadores que no

⁶ ídem

consintieron en su aprobación y porque dichos pactos no pueden estar orientados a evadir el pago de las correspondientes obligaciones:

*“... el Estado no puede dejar que el Acuerdo quede bajo la autonomía absoluta de la voluntad de los particulares, por eso lo somete a pautas contenidas en disposiciones legales, **con el fin de evitar que los acreedores queden sometidos a la voluntad unilateral e indiscriminada del empresario deudor.***

(...)

Es cierto que los acuerdos de reestructuración celebrados en los términos previstos en la ley 550, son de obligatorio cumplimiento para el empresario y para todos los acreedores, incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación o que, habiéndolo hecho, no hayan consentido en ella. (Artículo 34 Ley 550 de 1999)

También lo es que en el expediente no existe prueba que determine si el demandante en calidad de acreedor del municipio, hubiera participado en el acuerdo o habiéndolo hecho hubiera consentido en la condonación del pago de la indemnización por mora en el pago de sus cesantías.

*Con todo, la Sala considera que la Administración no debió desconocer la obligación **preexistente** que tenía con el actor en cuanto a la sanción por mora en el pago de las cesantías, por la potísima razón de que en los Acuerdos de reestructuración **“Todas las obligaciones se atenderán** con sujeción a lo dispuesto en el acuerdo, y quedarán sujetas a lo que se establezca en él en cuanto a **rebajas, disminución de intereses y concesión de plazos o prórrogas**, aun sin el voto favorable del respectivo acreedor...” (Artículo 34 Numeral 8 Ley 550 de 1999)*

*Así pues, las obligaciones preexistentes a la celebración del acuerdo no se desconocen, sino que se **ATIENDEN** y se sujetan a rebajas, a disminución de intereses, a plazos o a prórrogas, pero en ningún momento se permite que el deudor insolvente las desatienda, las desconozca o peor aún, se auto absuelva de ellas. (...)⁷ (Negrillas del texto)*

Así mismo, por medio de la providencia de 10 de noviembre de 2010⁸, se mantuvo la tesis según la cual las obligaciones de los trabajadores no pueden ser desconocidas por los Acuerdos de Reestructuración, empero indicó que para el caso particular la entidad pública (Municipio de Buenaventura) se informó a los acreedores la apertura del proceso previsto en la Ley 550 de 1999, así como la

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION “A”, sentencia de 25 de marzo de 2010, Exp. No. Radicación número: 44001-23-31-000-2004-00257-01 (0928-07), Actor: **MANUEL SALVADOR DE LA HOZ**.

⁸ Sentencia de 10 de noviembre de 2010, Subsección “A” Consejero Ponente. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (Exp. No. 0508-2009).

determinación de la obligación a pagar, sin que la parte actora hubiera manifestado reparo alguno, lo que ha juicio de la Sala suspendió la contabilización de la sanción moratoria con la ejecutoria de la decisión que estableció el pago de tal acreencia, así:

“La iliquidez temporal o los problemas presupuestales podrían eventualmente explicar algunos atrasos en la cancelación de los salarios, las pensiones o las prestaciones, pero que en ningún caso pueden constituir "justificación para que sean los trabajadores quienes asuman sus costos bajo la forma de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda"⁹. En consecuencia, la entrada de un ente territorial a un Acuerdo de Reestructuración de Pasivos, dada su situación económica, por "...sus desórdenes administrativos y financieros, no viabiliza el desconocimiento de sus acreencias, ni le permite castigar al trabajador que prestó sus servicios y que pretende protegido por las normas constitucionales y legales, el pago oportuno de sus cesantías, cuyo derecho nace justamente cuando su labor ha finalizado y se encuentra desprotegido de las prebendas laborales y necesita con más urgencia esos recursos hasta su reactivación laboral o económica.

Lo más osado en materia laboral de la Ley 550/99, es permitir la suspensión de algunas prerrogativas laborales, mas no su desconocimiento como ya se señaló, por el contrario, está en el deber de reconocer las obligaciones pre- existentes y las que se causen a partir del Acuerdo; no obstante, debe advertirse que estos pasivos pueden ser objeto de una negociación individual o colectiva, conforme a la situación personal del trabajador, vale decir, si es o no sindicalizado.

Finalmente, en el tema puntual es importante recalcar que en los procedimientos de Reestructuración de Pasivos, todos los acreedores deben hacerse presentes para hacer valer sus derechos, concretar la cuantía de sus acreencias, para en caso de inconformidad objetarlas, porque de lo contrario, estas adquieren firmeza. Y debe ser así, porque no se puede mantener indefinidamente abierto un Acuerdo de Reestructuración ya que no tendría fin, ni se lograría el objetivo principal, que es el devolver la viabilidad financiera a la entidad.

(...).

En ese orden de ideas, dado que la liquidación de cesantías se hizo el 1 de enero de 1999 y el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos quedó en firme el 3 de abril de 2002, sin que el actor reparara su cuantía por la no inclusión de la sanción moratoria, la Sala reconocerá la indemnización solicitada al señor Decio Angulo hasta esa fecha, como ya se dijo, por no haber hecho ninguna reclamación de su monto ante el Alcalde del Municipio de Buenaventura, en su oportunidad legal.

⁹ Sentencia T-418/96. MP José Gregorio Hernández Galindo.

Del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos en el caso concreto:

La Sección Segunda del Consejo de Estado, respecto del reconocimiento de la sanción moratoria de las cesantías, ha establecido los siguientes lineamientos que serán tenidos en cuenta para la solución del *sub-exámene*:

1. Los Acuerdos de Reestructuración de Pasivos laborales deben contar con la aprobación de los trabajadores, sin que puedan desconocer derechos ciertos e indiscutibles.

2. No pueden cercenar los derechos de los trabajadores que no consistieron en su aprobación y no pueden orientarse a evadir el pago de las obligaciones sino a rebajas, disminución de intereses y concesión de plazos o prórrogas.

3. Debe obrar prueba de que el trabajador haya consentido la aprobación del Acuerdo de Reestructuración o que la entidad haya dispuesto su citación para que se hiciera parte y manifestara lo que considerara oportuno respecto de la liquidación de las cesantías y su moratoria.

Así las cosas, si bien la Ley 550 de 1999, prevé la posibilidad de que las Entidades Territoriales celebren Convenios de Reestructuración de Pasivos con la finalidad de hacerlas viables en su sostenimiento económico y financiero, es claro que tales Acuerdos se suscriben con el titular de la persona jurídica y los acreedores internos y/o externos, sin que ello implique obligatoriamente la presencia de los trabajadores o Servidores Públicos en la negociación del pago de sus acreencias y prestaciones laborales.

En el caso objeto de estudio se observa, que si bien es cierto no reposa el comprobante de pago efectivo de las cesantías definitivas reconocidas al actor, también lo es que tanto en la demanda como en el derecho de petición presentado por ante la Administración (ver folios 8 - 9), se aseguró que la cancelación de dicha obligación se hizo efectiva el 9 de junio de 2003, es decir cuando ya había transcurrido una mora equivalente a 22 meses, 17 días contados a partir del vencimiento del plazo máximo legal para pagarlas, o sea 45 días

hábiles desde la fecha en la cual quedo en firme el acto administrativo de reconocimiento de las mismas.

Que para esta Corporación es evidente que la Administración desconoció u omitió cancelar la sanción por la mora en el pago de las cesantías definitivas del señor Fabio Guerrero Salgado de conformidad con lo establecido en la Ley 244 de 1995, dado que por ningún lado se observa constancia o certificación de que dicha obligación hubiera sido saldada.

Entonces, de conformidad con las consideraciones que anteceden, la entidad territorial demandada deberá reconocer y pagar lo referente a la sanción o indemnización por el no pago oportuno de las cesantías definitivas que le fueron reconocidas al actor el mediante la Resolución N° 1727 de 14 de mayo de 2001, por cuanto ningún sustento legal tenía para desconocerla.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia apelada y en su lugar se condenará a la entidad demandada a que reconozca y pague un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas reconocidas, desde el 24 de julio de 2001, es decir 45 días después de notificada la Resolución N° 1727, que reconoció el derecho hasta el 9 de junio de 2003, fecha en que se hizo efectivo el pago de sus cesantías definitivas.

Finalmente, no se ordenará indexación sobre lo que resulte de dicha suma atendiendo la Sentencia de la Corte Constitucional C- 448 de 1996, la cual se transcribirá en lo pertinente.

“(...) la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su

*ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, **mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación.** En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella.” (Destaca la Sala)*

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del doce (12) de agosto de dos mil nueve (2009) proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro del proceso instaurado por Fabio Guerrero Salgado contra el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla.

En su lugar se dispone:

1. DECLÁRASE la Nulidad del oficio OAJ 1730-05 de 9 de agosto de 2005, por medio del cual se denegó el reconocimiento y pago de indemnización por mora en el pago de cesantías.

2. CONDÉNASE al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, desde el 24 de julio de 2001 hasta el 9 de junio de 2003, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior decisión la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada en la precitada fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO