

CESANTIA - Regulación legal / SANCION MORATORIA EN EL PAGO DE CESANTIAS- Finalidad /

La indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley. El espíritu de la comentada disposición es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías. En tal sentido, estableció el procedimiento para su reconocimiento y pago, consagrando, entre otros asuntos, una sanción a cargo de la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en caso de constituirse retardo en el pago definitivo de la referida prestación.

FUENTE FORMAL: LEY 224 DE 1995 - ARTICULO 1 / LEY 244 DE 1995 - ARTICULO 2

SANCION MORATORIA EN EL PAGO DE CESANTIAS - Liquidación

La sanción moratoria se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas, vale decir, cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (art. 62 del C.C.A.). En los eventos en que la administración no se pronuncie o se pronuncie tardíamente frente a la solicitud del pago del auxilio de cesantía, dicha situación, salvo los casos previstos por la ley para su retención, no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 62

NOTA DE RELATORIA : Sobre el momento a partir del cual se debe pagar los intereses de mora en el pago de cesantías, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 28 de septiembre de 2006, Rad 8303-05, MP. Alejandro Ordoñez Maldonado

RETENCION DEL PAGO DE CESANTIAS – Procedencia cuando el empleado es destituido por conducta que pueda constituir delito contra la administración pública / SANCION MORATORIA EN EL PAGO DE CESANTIAS – No se genera por retención de cesantías por destitución ante posible delito contra la administración pública

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 2712 de 1999 que en su artículo 3º previó medidas para proteger a la administración, permitiéndole efectuar la retención de las cesantías del servidor que es destituido como consecuencia de un proceso disciplinario cuando su conducta pueda llegar a constituir alguno de los tipos penales contemplados en el Título XV del Código Penal, de los delitos contra la administración pública. De acuerdo con lo anterior, el fin de la norma es preservar el interés general cuando la conducta del funcionario afecta el erario público pues, de esta manera, la administración puede contar con mecanismos jurídicos para asegurar que parte de lo que le fue sustraído ilegalmente retorne al patrimonio del Estado, porque al empleador estatal no sólo le asiste el derecho a defender el patrimonio público sino que, correlativamente, tiene el deber legal de hacerlo para garantizar la moralidad administrativa. Además de lo ya dicho, considera la Sala que, contrario a lo sostenido por el recurrente, no se requiere que se adelante el

proceso penal inmediatamente por los hechos que dieron origen a la sanción disciplinaria de destitución sino que resulta suficiente, para que la administración pueda válida y jurídicamente retener las cesantías del trabajador, que los hechos por los cuales fue destituido se consideren como uno de los delitos previstos en el capítulo XV del C.P., porque del tenor literal del mencionado artículo 3º del Decreto 2712 de 1999 se desprende que los servidores públicos no podrán recibir el auxilio de cesantía cuando han sido "destituidos por faltas disciplinarias por faltas disciplinarias que puedan llegar a constituirse en delito contra la administración pública". la Sala confirmará la decisión de primera instancia al encontrar probado que al actor se le liquidaron y pagaron sus cesantías dentro de los términos señalados por los artículos 1º y 2º de la Ley 244 de 1995, esto es, dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la Resolución No. 109 del 27 de mayo de 2003, razón por la cual no hay lugar a ordenar la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso

FUENTE FORMAL: DECRETO 1045 DE 1978 - ARTICULO 42 / DECRETO 2712 de 1999 - ARTICULO 3

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 73001-23-31-000-2004-01302-02(1872-07)

Actor: JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS

Demandado: CONTRALORIA MUNICIPAL DE IBAGUE

AUTORIDADES MUNICIPALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 27 de julio de 2007 del Tribunal Administrativo del Tolima, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que reconocieron al actor las cesantías definitivas sin la sanción moratoria de que trata el párrafo único del artículo 2º de la Ley 244 de 1.995.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y solicitó que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones 109 de mayo 23 de 2003 y 002 de enero 5 de 2004.

Como consecuencia de tal declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagarle la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retraso, así como los perjuicios morales y el pago de la condena en los términos de los artículos 177 y 178 del C.C.A.

Los hechos de la demanda se resumen así:

El actor prestó sus servicios como Contralor Municipal de Ibagué, desde el 9 de enero de 1998 hasta el 28 de junio de 2000. Mediante oficio del 13 de febrero de 2001 elevó solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías, salarios y demás prestaciones adeudadas, frente a lo cual le informaron que en relación con las cesantías se daba aplicación a lo establecido en el artículo 42 del Decreto Ley 1045 de 1978. Posteriormente, mediante oficio DC-777 de septiembre 20 de 2001 la Contralora Municipal le informa que sus cesantías se encuentran retenidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 2712 de 1999.

Al ver que pasaba el tiempo y la Contraloría no le liquidaba ni pagaba el auxilio de cesantía, interpuso acción de tutela, la cual fue fallada a su favor por vulneración del derecho de petición, ordenándole a la Contralora Municipal expedir el acto administrativo de reconocimiento y liquidación de cesantías, lo cual se efectuó pero condicionado a que se allegara “constancia expedida por la autoridad judicial competente sobre preclusión de la investigación, o cesación de procedimiento o sentencia absolutoria (...)”.

Contra tal acto se interpuso recurso de reposición, modificándose parcialmente el acto acusado, incluyendo el pago de los intereses sobre las cesantías y ordenando el pago del auxilio de cesantía al haberse aportado constancia de la Fiscalía General de la Nación que certificaba que no tenía ninguna investigación

penal pendiente. Sin embargo, no se le pagó la sanción moratoria por el no pago oportuno de la mencionada prestación social.

Como normas vulneradas invocó los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 25, 29, 34, 53, 58, 90, 121, 122, 123 y 209 de la C.N.; los artículos 1y 2 de la Ley 244 de 1995 y el inciso 1º del artículo 3 del Decreto 2712 de 1999, cuyo concepto de violación desarrolló de la siguiente manera:

Al solicitarle a la Contraloría el pago de sus prestaciones sociales, ésta le indicó que las cesantías quedaban retenidas sin explicar las razones de dicha medida y aclara que si se debía a las investigaciones disciplinarias y penales no había lugar a la retención en razón a que si lo que se pretendía era esperar los resultados del proceso que se seguía ante el Juzgado 5º Penal del Circuito de Ibagué, entre éste y las acciones disciplinarias no existían conexidad y, por tanto, no se daban los requisitos del artículo 3º del Decreto 2712 de 1999.

Considera que la decisión que tomó en la resolución que resolvió el recurso de reposición (5 de enero de 2004), haciendo el reconocimiento y ordenando el pago de las cesantías, la había podido tomar desde el 6 de marzo de 2001 fecha de vencimiento de los 15 días hábiles posteriores a la presentación de la solicitud de pago de dicha prestación por cuanto su situación era la misma.

Cita sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en donde se ha considerado que el patrono que aduce tener el derecho de retención debe tener la prueba de la existencia de la investigación penal formalmente abierta contra su empleado y aún la posibilidad de formular la denuncia y esperar a que se le vincule legalmente y, aparte de ello, para que éstas se pierdan requiere sentencia condenatoria.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. Además de la Contraloría Municipal el Tribunal integró el litisconsorcio necesario por pasivo con el Municipio de Ibagué.

- La Contraloría Municipal de Ibagué se opuso a las pretensiones de la demanda, admitiendo como ciertos los hechos y propuso las siguientes excepciones: inexistencia de la obligación, ejercicio de la acción indebida y falta de legitimación en la causa por pasiva (fls. 314-317).

- El Municipio de Ibagué igualmente se opuso a las pretensiones, argumentando que si bien el artículo 5º del Acuerdo Municipal No. 00037 del 6 de agosto de 1998 impuso la obligación del pago de los emolumentos solicitados en la demanda al municipio al estipular que los derechos y obligaciones de la Caja de Previsión Social Municipal de Ibagué en Liquidación serían subrogados al organismo territorial, no menos cierto es que, a partir del 1º de enero de 1999, la obligación radica en cabeza de las entidades descentralizadas.

Propuso como excepciones: falta de legitimación en la causa por pasiva y la genérica (fls. 367-375)

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima denegó las pretensiones de la demanda (fls. 385-401) por los motivos que se resumen así:

Inicialmente desestimó las excepciones propuestas. Respecto a la de indebida escogencia de la acción expuso que la demanda se inició conforme con el artículo 85 del C.C.A. y que la petición de indemnización moratoria fue presentada conjuntamente con la de reconocimiento y pago de cesantías definitivas resolviéndose mediante los actos demandados.

En lo que tiene que ver con los hechos de la demanda, precisó que si bien la Contraloría al resolver el recurso de reposición contra la Resolución No. 109 de 2003 ordenó el pago de las cesantías al actor, lo hizo otorgándole el mérito que no tenía a una constancia de la Fiscalía General de la Nación, pues la misma no mencionaba que la investigación hubiera precluido o que el ex trabajador hubiera sido absuelto de los cargos que le se imputaban.

Por tanto, concluyó que no se retuvo indebidamente el pago de las cesantías al actor en cuanto se encontraba dentro de los presupuestos previstos en el artículo 3º del Decreto 2712 de 1999, de tal manera que no era exigible el pago hasta tanto no se cumplieran los requisitos consagrados en la norma en cita.

Adicionalmente, expuso que si la Resolución 002 de 2004 que resolvió el recurso de apelación (sic) fue notificado el 4 de febrero de 2004 y el pago de las cesantías

se realizó el 16 de marzo del mismo año, no resulta aplicable la sanción por indemnización moratoria.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de apelación con base en los motivos que se sintetizan a continuación:

Afirma que la entidad demandada se abstuvo de dar trámite a la solicitud de cesantías desde el 13 de febrero de 2001 hasta el 27 de mayo de 2003, con el pretexto de no poderse tramitar por existir presuntamente una investigación penal en su contra derivada de una investigación disciplinaria, basándose en una mera suposición de la existencia de un proceso penal que nunca existió por los mismos hechos en que se fundamentaba la sanción disciplinaria de destitución que ciertamente se le impuso.

Si bien existió una investigación penal fue por hechos diferentes a los pesquisados por la Procuraduría, lo que significa que la Contraloría retuvo sus cesantías por la posible existencia de un proceso penal derivado de una sanción disciplinaria en la que anunciaba en el acto de destitución de primera instancia que se compulsarían copias a la Fiscalía respecto al pago de los dos días de viáticos a que se refería la Procuraduría General de la Nación. En consecuencia, el Tribunal confunde los hechos que generaron la sanción disciplinaria de destitución con los hechos materia de una investigación penal por los cuales nunca fue destituido y, por tanto, debe desprenderse necesariamente que sí hubo retención indebida de sus cesantías.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante reitera los argumentos del recurso de apelación y adicionalmente menciona que la demandada no probó que existiere orden judicial para que procediera a retener las cesantías definitivas que le correspondían, pues es un principio universal que el patrono no puede deducir, retener o compensar salarios y prestaciones sociales salvo autorización del trabajador o decisión judicial. Tampoco se probó que se hubiera presentado la denuncia y se adelantara la investigación penal por el presunto delito que se pudiera derivar como consecuencia de las faltas disciplinarias por las cuales fue objeto de destitución, ni

tampoco que la Procuraduría hubiera compulsado material y efectivamente copias de la actuación disciplinaria para que lo investigaran penalmente, de manera que no se cumplen los supuestos de hecho y de derecho del Decreto 2712 de 1999, que dice la demandada se fundamentó para haber retenido las cesantías.

CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, debe la Sala precisar si se ajustan o no a derecho los actos administrativos por medio de los cuales se ordenó la liquidación y pago al actor del auxilio de cesantías sin la sanción moratoria al considerar que las mismas se encontraban retenidas bajo los supuestos del artículo 3º del Decreto 2712 de 1999.

2. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

La Ley 244 de 1995¹, por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones, señala:

***“Artículo 1º.-** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la 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.*

***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”.*

Como se observa, la indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la

¹ Modificada por la Ley 1071 de 2006.

mencionada ley.

El espíritu de la comentada disposición es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías. En tal sentido, estableció el procedimiento para su reconocimiento y pago, consagrando, entre otros asuntos, una sanción a cargo de la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en caso de constituirse retardo en el pago definitivo de la referida prestación.

La sanción moratoria se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas, vale decir, cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (art. 62 del C.C.A.).

En los eventos en que la administración no se pronuncie o se pronuncie tardíamente frente a la solicitud del pago del auxilio de cesantía, dicha situación, salvo los casos previstos por la ley para su retención, no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso. En este sentido se ha pronunciado la Sección Segunda de esta Corporación estableciendo el momento a partir del cual se configura la sanción moratoria:

*“La Sala ha venido expresando que para lograr la efectividad de la previsión normativa contemplada en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 el momento a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas **en los eventos en que no exista acto de reconocimiento** debe contabilizarse en la siguiente forma:*

Se toma la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas con los anexos que corresponda. Desde esa fecha deben computarse, conforme a los términos a los que alude la Ley 244 de 1995, quince (15) días hábiles para “expedir la Resolución correspondiente” de liquidación de las cesantías definitivas, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de la fecha en la cual haya quedado en firme dicha resolución, para efectuar el pago de la prestación social. Esto implica que deben contabilizarse en total sesenta (60) días hábiles a partir de la petición, más el término de ejecutoria de la resolución correspondiente, que ordinariamente corresponde a cinco (5) días hábiles, para un gran total de sesenta y cinco (65) días hábiles.

En conclusión, cuando la entidad no se pronuncie frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, el término para el cálculo de la indemnización moratoria comenzará a computarse a partir del día

*siguiente a los sesenta y cinco (65) días hábiles posteriores a la radicación de la petición de cesantías definitivas que obviamente debe ser posterior al retiro*². (Negrilla y subrayado originales del texto).

Respecto a la retención del auxilio de cesantías, el Decreto 2712 de 1999, por el cual se expiden disposiciones en materia prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden territorial, dispuso en su artículo 3º lo siguiente:

“ARTÍCULO 3o. RETENCIÓN Y PÉRDIDA DEL AUXILIO DE CESANTÍA. *Los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden territorial destituidos por faltas disciplinarias que puedan llegar a constituirse en delito contra la administración pública, de conformidad con el Libro Segundo, Título III del Código Penal, no podrán recibir el auxilio de cesantía mientras no se les dicte resolución de preclusión de la instrucción, o auto de cesación de todo procedimiento, o sentencia absolutoria”.*

3. DEL CASO EN ESTUDIO

3.1 Hechos probados

- Mediante comunicación calendada 12 de febrero de 2001, el señor Jorge Eleazar Devia Arias solicitó a la Contraloría Municipal de Ibagué el reconocimiento y pago de sus salarios, así como de las cesantías y demás prestaciones sociales (fl. 24), la cual se reiteró el 6 de junio del mismo año (fls. 26-30).

- La Contralora Municipal de Ibagué el 20 de septiembre de 2001 responde que solamente queda pendiente de pago el auxilio de cesantía, teniendo en cuenta las previsiones del artículo 3º del Decreto 2712 de 1999 (fls. 31 y 32).

- Mediante fallo proferido el 12 de mayo de 2003 por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Ibagué se tuteló el derecho fundamental de petición al actor, disponiéndose además:

“(…) En consecuencia, ordenar a la señora Contralora Municipal de Ibagué, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, proceda, si aún no lo ha hecho, a resolver en uno u otro sentido, es

² Sentencia del 28 de septiembre de 2006, Radicación número: 23001-23-31-000-2000-00433-01(8308-05) C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado. Actor: Carmen Isabel Beltrán Ramírez. En el mismo sentido se pronunció la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia 2777-04 del 27 de marzo de 2007, C.P. Jesús María Lemus Bustamante y la Sección Segunda en sentencia 4597-01 del 22 de enero de 2004, C.P. Tarcisio Cáceres Toro.

decir, reconociendo o negando la solicitud de reconocimiento de cesantías solicitada por el peticionario DEVIA ARIAS” (fls. 273-278).

La anterior decisión fue confirmada por el Juzgado Primero Penal del Circuito (fls. 292-301).

- En cumplimiento a la decisión del juez constitucional, a través de la Resolución No. 109 del 27 de mayo de 2003 se reconocieron las cesantías al actor por valor de \$13.352.001,00, quedando condicionado el pago a la presentación de la constancia exigida por el artículo 3º del Decreto 2712 de 1999 (fls. 40-46).

- La Resolución No. 002 del 5 de enero de 2005 resolvió el recurso de reposición contra el anterior acto administrativo ordenando, entre otros, el pago de las cesantías al demandante, teniendo en cuenta “lo dispuesto por el Juzgado Primero de Familia de Ibagué en cuanto a practicar los descuentos ordenados por concepto de alimentos de un menor, conforme se expuso en la parte motiva de esta decisión” (fls. 61-67).

3.2 Retención del pago de las cesantías

El Decreto 1045 de 1978 en su artículo 42 previó la posibilidad de que la administración pudiera retener las cesantías de los empleados públicos cuando éstos hubieren sido “*destituidos por faltas disciplinarias que puedan llegar a constituir peculado, concusión, cohecho o negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, (...) mientras no se les dicte auto de cesación de todo procedimiento, auto de sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria*”.

La norma en cuestión fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-398 de 2002, bajo el argumento de que la misma tenía un carácter claramente sustantivo por imponer una limitación a los derechos del trabajador, con lo cual se excedieron las facultades otorgadas al Presidente de la República y por ello deviene en inconstitucional.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2712 de 1999 que en su artículo 3º previó medidas para proteger a la administración, permitiéndole efectuar la retención de las cesantías del servidor que es destituido como consecuencia de un proceso disciplinario cuando su conducta pueda llegar a

constituir alguno de los tipos penales contemplados en el Título XV del Código Penal, de los delitos contra la administración pública.

La razón de ser del precitado artículo 3º fue expuesta por la Sección Segunda de esta Corporación al pronunciarse sobre la demanda de nulidad que contra el mismo presentara quien funge como actor en el caso de autos, exponiendo lo siguiente:

*“Constituye una medida razonable que se mantenga en suspenso el pago del auxilio de cesantía a determinados servidores públicos **cuando haya elementos de juicio para creer que han cometido delitos contra la administración pública.** La administración debe contar con medios para resarcir en algo la lesión producida a sus bienes, en caso de infracción penal, con mayor razón cuando el ejercicio de la facultad ocurre luego de haberse dictado medida de destitución por la comisión de faltas disciplinarias que puedan llegar a constituir delito contra la administración pública. Esto es, la **administración adopta una medida sobre la base del agotamiento previo de un proceso disciplinario que, se entiende, ha sido adelantado con las garantías debidas.***

Según el artículo 209 de la Constitución la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”³ (resalta la Sala).

De acuerdo con lo anterior, el fin de la norma es preservar el interés general cuando la conducta del funcionario afecta el erario público pues, de esta manera, la administración puede contar con mecanismos jurídicos para asegurar que parte de lo que le fue sustraído ilegalmente retorne al patrimonio del Estado, porque al empleador estatal no sólo le asiste el derecho a defender el patrimonio público sino que, correlativamente, tiene el deber legal de hacerlo para garantizar la moralidad administrativa.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sent. del 17 de noviembre de 2005. Radicación número: 11001-03-25-000-2003-00441-01(6175-03). C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

Además de lo ya dicho, considera la Sala que, contrario a lo sostenido por el recurrente, no se requiere que se adelante el proceso penal inmediatamente por los hechos que dieron origen a la sanción disciplinaria de destitución sino que resulta suficiente, para que la administración pueda válida y jurídicamente retener las cesantías del trabajador, que los hechos por los cuales fue destituido se consideren como uno de los delitos previstos en el capítulo XV del C.P., porque del tenor literal del mencionado artículo 3º del Decreto 2712 de 1999 se desprende que los servidores públicos no podrán recibir el auxilio de cesantía cuando han sido "*destituidos por faltas disciplinarias por faltas disciplinarias **que puedan llegar a constituirse en delito contra la administración pública***".

La medida cautelar de retención de las cesantías busca precaver o prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas o los bienes, o sobre los medios de prueba mientras se inicia el proceso penal porque, como se explicó anteriormente, se trata de preservar el erario. Por consiguiente, no resulta aplicable lo expuesto por la legislación y la jurisprudencia respecto a la retención de la referida prestación social para el caso de los trabajadores privados, porque el artículo 250 del C.S.T. prevé que "el patrono **podrá** abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta que la justicia decida", facultad que no tiene el empleador estatal cuando se ven involucrados dineros que pertenecen al Estado.

En este orden de ideas, la Sala concluye que la Contraloría Municipal de Ibagué retuvo en forma legal las cesantías definitivas del demandante en razón a que fue destituido por la Procuraduría Regional del Tolima mediante fallo proferido el 28 de noviembre de 2003 que dispuso en su parte resolutive:

"PRIMERO: DESTITUIR al doctor JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS, identificado con C.C. No. 5.921.733 de Guamo, en su condición de Contralor Municipal de Ibagué, al hallarlo responsable disciplinariamente de los hechos y conductas puntualizadas en los numerales 1, 2, 3 y 5 del auto de cargos formulado dentro de las presentes diligencias".

Dentro de la dosimetría consideró la Procuraduría que "(...) su arbitraria decisión de disponer las masivas insubsistencias de empleados de la Contraloría le cuestan a la entidad más de \$500 millones de pesos, que se suman a la quiebra del organismo de control".

La sanción de destitución también la impuso la misma Procuraduría dentro del diligenciamiento 78-3015/00 contra varios funcionarios de la Contraloría, entre ellos, el señor Devia Arias, a quien se le imputaron varios cargos contenidos a folios 69 a 75 del expediente y donde además se ordenó en el numeral octavo de la parte resolutive:

“OCTAVO: REMITIR fotocopia de esta decisión a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de la Fiscalía para los fines que estime pertinentes en el proceso que allí cursa por los mismos hechos aquí pesquisados” (fl. 112).

Así las cosas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia al encontrar probado que al actor se le liquidaron y pagaron sus cesantías dentro de los términos señalados por los artículos 1º y 2º de la Ley 244 de 1995, esto es, dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la Resolución No. 109 del 27 de mayo de 2003, razón por la cual no hay lugar a ordenar la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso. Igualmente, se comparte el argumento del *A quo* que estimó que la constancia proferida por la Jefe Secretaria Común de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y Justicia de la Fiscalía Seccional del Tolima no constituye medida de “*resolución de preclusión de la instrucción, o auto de cesación de todo procedimiento, o sentencia absolutoria*” que exige el Decreto 2712 de 1999 para ordenar el pago de las cesantías retenidas; sin embargo, como dicha circunstancia no fue objeto del proceso no se efectuará ningún pronunciamiento en este sentido.

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

CONFÍRMASE la sentencia de 27 de julio de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el señor JORGE ELEAZAR DEVIA ARIAS contra la CONTRALORÍA MUNICIPAL DE IBAGUÉ.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

