

REVOCATORIA DE ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA DESCUENTO POR PAGO DE INTERESES SOBRE LAS CESANTIAS - Para establecer su legalidad debe aportarse el acto que ordenó su reconocimiento

La Administración municipal decidió en diciembre de 2003, ponerse al día con el pago de los intereses de las cesantías, liquidando las mismas bajo el antiguo sistema de retroactividad, atendiendo un concepto emitido por la Oficina Jurídica del ente territorial (fls. 20 y 21), en el cual se sugirió que a los empleados públicos que no se les había liquidado las cesantías anualmente, convenía cancelarles las mismas retroactivamente a la fecha de terminación del contrato (sic), es decir bajo el anterior sistema a la Ley 344 de 1996. La demandante por su parte reconoce (fl. 11) que se le liquidó retroactivamente los intereses a la cesantía correspondientes a los años de 1999 a 2003; y que por tal concepto recibió la suma de \$4.209.484, dinero que se le canceló durante el año 2004. Posteriormente, cuando ocurrió el retiro de la demandante por supresión del cargo, el municipio expidió la Resolución N° 099 de 4 de febrero de 2005, mediante la cual se le reconocieron las prestaciones sociales definitivas por todo el tiempo laborado, entre ellas las cesantías y los intereses de las mismas, pero no, como lo sugirió anteriormente la Oficina Jurídica de la entidad territorial, bajo el sistema retroactivo, sino mediante el régimen anualizado, sumándole a los valores adeudados, la debida indexación o actualización. Del total de la liquidación, para no incurrir en un doble pago, la administración descontó los \$4.209.484., por concepto de intereses a la cesantía, liquidados y pagados en el 2004, por el sistema retroactivo. Sostiene la recurrente que la Administración Municipal no podía descontar los \$4.209.484, en razón a que era un derecho particular y concreto que no podía ser desconocido, ya que fue adquirido, primero, mediante el acto administrativo denominado como "Acta Conciliatoria Especial" y posteriormente por la Resolución N° DAM 646 de 12 de noviembre de 2004, en cuyo artículo 3º, según ella, en forma precisa, clara y expresa se reconoció el derecho a los intereses legales. Frente a la Resolución DAM 646 de 12 de noviembre de 2004, si bien este acto sí reconoce el derecho a los intereses de las cesantías a la actora, dicho reconocimiento no tiene relación alguna ni con el "Acta Conciliatoria Especial", ni con los \$4.209.484., que por intereses a la cesantía se cancelaron por el sistema retroactivo, pues el derecho reconocido en aquel acto, corresponde es a los intereses legales del 12% a las cesantías por la anualidad o por la fracción con corte a 31 de diciembre de cada año, en los términos del régimen "congelado de cesantías de los empleados públicos", es decir, al sistema anualizado, para lo cual en la parte resolutive del mismo acto se ordenó "expedir los actos administrativos particulares en los que contendrán individualmente las liquidaciones año por año de cada empleado..". Es de anotar que en desarrollo de esta Resolución DAM 646 de 12 de noviembre de 2004, se expidió la Resolución acusada No. 099 de 4 de febrero de 2005, que liquidó las cesantías y los intereses de las mismas, conforme al literal a) del artículo 13 de la Ley 344 de 1996. Así las cosas, a pesar de que se encuentra demostrado que efectivamente el municipio pagó a la actora los \$4.209.484., lo cierto es que no existe, por lo menos dentro del expediente, el acto administrativo que reconoció de forma precisa, clara y expresa el derecho a recibir los intereses a la cesantía bajo el sistema retroactivo; y bajo este panorama, no puede la Sala declarar ninguna violación al debido proceso invocando el artículo 73 del C.C.A.

CESANTIAS DE EMPLEADOS DEL NIVEL TERRITORIAL – Régimen anualizado. Intereses de mora /INTERESES SOBRE LA CESANTIAS- Monto. Determinación

La Ley 344 de 1996 estableció el nuevo régimen anualizado de cesantías y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado, el Decreto 1582 de 1998, fue la que trajo consigo la sanción moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto (10 de agosto de 1998). El nuevo régimen entonces además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, ordena que dicho valor se consigne antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. La sanción moratoria procede en cuantía de un día de salario por cada día de retardo, cuando el empleador no consigna la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente, antes del 15 de febrero de del año siguiente en el fondo que el trabajador eligió.

INTERESES DE MORA SOBRE LA CESANTIA – No exonera de pago la falta de recursos económicos o la no indicación del respectivo fondo por el empleado para la consignación / PRINCIPIO DE BUENA FE- Debe ser cumplirse en las actuaciones administrativas.

Del artículo 99 de la Ley 50 se deduce que las entidades públicas quedan obligadas a liquidar y a consignar las cesantías, a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que él mismo elija, entre el 31 de diciembre de cada año y el 15 de febrero del año siguiente. Por tanto, dentro del mismo término la Administración tiene la obligación de producir el acto administrativo de liquidación para que sea debidamente notificado y con base en éste consignarlas. Si bien la buena fe como principio orientador del derecho administrativo es exigible para el ejercicio de los derechos de los administrados, dicho principio, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 83 de nuestra Constitución y 3º de la ley 489 de 1998, debe tener una mayor exigencia frente a las actuaciones de la Administración cuando ejerce las potestades regladas, pues en este evento los funcionarios deben ajustarse solamente a los requerimientos literales de la norma que las atribuye. Lo anterior para advertir que el municipio tenía la obligación legal de por lo menos liquidar la cesantía causada. Las cesantías se reputan como un derecho cierto e indiscutible porque se causan por el solo hecho de ser trabajador y porque la norma que señala la forma de liquidar dicha prestación da lugar a una sola interpretación. Por tanto, el ente territorial al no liquidar y reconocer el derecho a la cesantía, además de transgredir el ordenamiento jurídico, siempre demostró, durante la vigencia de la relación laboral, el animó dirigido a desconocer injustificadamente el derecho de la parte actora. Frente al reconocimiento de las cesantías, no existe norma constitucional o legal para que las entidades públicas condicionen el reconocimiento del derecho a la falta o no de recursos económicos. Suele ocurrir que la Administración Pública permanezca en grave situación económica, pero este solo hecho, por si solo, no reúne las condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad para alegar una circunstancia de fuerza mayor, y pagar inoportunamente las obligaciones contraídas con sus trabajadores, sin consecuencia alguna. Dijo el Tribunal que la demandante no probó que cumplió con la obligación de indicarle al empleador el fondo de cesantías, al cual quería afiliarse. Se debe precisar que la ley da opción para que el trabajador pueda escoger el fondo de cesantías porque se trata en últimas de una decisión de conveniencia financiera que le concierne al trabajador ahorrador, pues la rentabilidad de la cesantía consignada depende del portafolio de inversión que cada fondo de cesantías maneje. Pero si el empleado no toma la decisión, el empleador queda habilitado para consignar las cesantías en el fondo que decida,

teniendo en cuenta que la administración no puede eludir su responsabilidad ante el silencio del interesado, y a éste le esta prohibido renunciar al pago de dicha prestación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 76001-23-31-000-2005-03190-01(2057-07)

Actor: MARIA GLADYS VELEZ HENAO

Demandado: MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora dentro del proceso de la referencia, contra la sentencia de 2 de agosto de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en virtud de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., María Gladys Vélez Henao acudió al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

- La nulidad parcial de la **Resolución N° 099 de 4 de febrero de 2005**, *“en lo relativo al descuento de los intereses a la cesantía sin autorización y al no reconocimiento de la sanción moratoria de las cesantías a un fondo”*.

- La nulidad de los artículos segundo y tercero de la **Resolución N° 468 de 13 de abril de 2005**, *“por medio de la cual se desata un recurso de reposición propuesto contra la Resolución No. 099 de febrero*

4 (sic) de 2005 emanada de la Secretaría de Desarrollo Institucional de la Alcaldía Municipal de Guadalajara de Buga”.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se le reconociera y pagara un día de salario por cada día de retardo por la no consignación oportuna de las cesantías en un fondo privado de pensiones y cesantías; y los intereses a la cesantía a que tiene derecho y que le fueron deducidos de sus prestaciones sociales sin fundamento alguno; deprecó la actualización de las sumas conforme a lo señalado en los artículos 176 a 178 del C.C.A., y solicitó que se condenara en costas a la entidad territorial conforme lo estipula el artículo 171 ibídem.

Como sustento fáctico de la acción, se sintetizó lo siguiente:

La demandante prestó sus servicios al Municipio de Guadalajara de Buga en el cargo de Jefe de División de Almacén desde el día 5 de enero de 1998. Afirmó que las personas vinculadas a la Administración Pública con posterioridad a la expedición de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996, tienen un régimen anualizado de cesantías.

Expresó que la Ley 344 de 1996 fue reglamentada por el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, en el cual se dispuso que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos vinculados a partir de 31 de diciembre de 1996, es el previsto en la Ley 50 de 1990.

Precisó que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consagra la obligación de realizar la liquidación anual o por fracción correspondiente de las cesantías, con un interés del 12% por el mismo periodo; que el valor liquidado deberá ser consignado antes del 15 de febrero del año siguiente en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija, y que la ley impone una sanción de un día de salario por cada día de retardo en favor del trabajador, por el incumplimiento del empleador en la consignación de los valores resultantes dentro del plazo señalado.

En ese orden de ideas, indicó que la Administración Municipal debía consignar las cesantías actualizadas en favor de la demandante a más tardar el día 15 de febrero de cada año, lo que no ocurrió.

En relación con los intereses sobre la cesantía, adujo que la Administración Municipal le reconoció por los años de 1999 y 2000 la suma de \$4.209.484, a través de un acto administrativo denominado "Acta Conciliatoria Especial".

Relató que en el año 2004, los servidores públicos del ente demandado presentaron varias peticiones por conducto del Sindicato de Empleados Públicos del Municipio de Guadalajara de Buga, en las cuales solicitaron el reconocimiento y pago de intereses a la cesantía de otros años; dichas solicitudes fueron resueltas mediante la Resolución N° DAM 646 de 12 de noviembre de 2004, en cuyo artículo 3° en forma precisa, clara y expresa se reconoció el derecho a los intereses legales del 12% sobre las cesantías por anualidad, a favor de treinta y seis (36) empelados incluyendo a la demandante. En tal virtud, estimó que a través de dicho acto administrativo se creó en su favor un derecho particular y concreto que no podía ser desconocido.

Manifestó que el día 30 de diciembre de 2004, el Burgomaestre del Municipio de Guadalajara de Buga expidió la Resolución N° DAM -829 de 2004, por medio de la cual se le retiró del servicio por supresión del cargo.

Arguyó que en virtud de la **Resolución N° 099 de 4 de febrero de 2005**, se le reconocieron las prestaciones sociales definitivas, pero se le descontaron los dineros cancelados por concepto de intereses a la cesantía, y no se le reconoció y liquidó la sanción moratoria a que tenía derecho.

Dentro del término legal recurrió la decisión adoptada, siendo desatado desfavorablemente a través de la **Resolución N° 468 de 13 de abril de 2005**.

Consideró quebrantados los artículos 29, 58, 83 y 209 de la Constitución Política; 13 de la Ley 344 de 1996; 99, 101 y 104 de la Ley 50 de 1990; 73 del Decreto 01 de 1984 y la Resolución N° DAM-646 de 2004.

2. Enterada del trámite de la acción, la entidad territorial se opuso a las pretensiones elevadas, al proponer las excepciones de cobro de

lo no debido, inexistencia del derecho, prescripción y una excepción que denominó innominada.

Expuso que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no se instauró dentro de los cuatro meses siguientes a partir de la expedición de los actos acusados, lo que genera que el derecho reclamado por la actora se encuentre actualmente “prescrito”.

En todo caso sostuvo que la actuación de la Administración al expedir los actos acusados, se ajusto las reglas de racionalización del gasto público municipal, señaladas en la Ley 617 de 2000. Con respecto a la consignación de las cesantías, informó que la actora nunca comunicó a la Administración, el fondo privado en el cual deseaba que se le consignaran las mismas.

LA SENTENCIA APELADA

Mediante la sentencia apelada, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las pretensiones de la demanda.

Luego de hacer un recuento de las normas citadas en la demanda, estimó que la actora se encontraba cobijada por el régimen de cesantías establecido en la Ley 50 de 1990.

Sin embargo, el *a quo* no encontró prueba dentro del plenario, en la cual la demandante haya manifestado a cuál fondo de cesantías pertenecía o a cuál deseaba afiliarse, teniendo obligación a ello. Por lo anterior, aseguró el Tribunal, no puede pretender la peticionaria que por una omisión a ella atribuible, el Municipio de Guadalajara de Buga deba pagarle la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990.

Explicó, con fundamento en un pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la sanción moratoria que preceptúa la Ley 50 de 1990 no puede imponerse de manera automática, sino que dicha carga esta condicionada al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador.

Conforme con lo anterior, concluyó que el Municipio de Guadalajara de Buga obró de buena fe al reconocerle las prestaciones sociales indexadas a la demandante, a pesar de la grave crisis fiscal por la que atravesaba el ente territorial.

Respecto a la deducción que se le realizó a la actora, por el mayor valor pagado en los intereses a las cesantías, correspondientes a los años de 1999 a 2003, agregó el Tribunal que dicho proceder de la administración se encontraba ajustado a derecho, teniendo en cuenta que la demandante pertenecía al régimen de cesantías anualizado y no al sistema retroactivo.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora apeló el fallo del Tribunal.

Alegó que de conformidad con la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998, es obligación de liquidar anualmente las cesantías con el correspondiente pago de los intereses, independientemente si hubiera manifestado o no en qué Fondo de Pensiones y Cesantías quería afiliarse. Por el contrario, aseguró que el demandado no tuvo la intención de pagar y al respecto citó algunos apartes de la contestación de la demanda para sustentar su afirmación.

En cuanto a los descuentos no autorizados, afirmó que los dineros reconocidos a la actora mediante el “Acta Conciliatoria Especial” fueron recibidos de buena fe y por lo tanto no podían ser deducidos en la liquidación de sus prestaciones, sin su autorización expresa y escrita. Al respecto aclaró que la demanda está dirigida a demostrar la forma arbitraria con la cual procedió la administración para realizar los descuentos.

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

CONSIDERACIONES

Pretende la demandante, además de la sanción moratoria de que trata el numeral 3º del artículo 99 de la ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías anuales a un Fondo de Cesantías; que se condene al municipio demandado a pagar los intereses a la cesantía, que le fueron deducidos en el acto acusado por un presunto doble pago.

En el año de 1990 se expide la ley 50 que modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los llamados fondos de cesantías. Las características de este régimen anualizado se concretaron en el artículo 99 de la misma ley.

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996 hizo extensiva la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996. Reza así la disposición:

ARTÍCULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Organos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

- a) **El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;**
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

La anterior disposición contempla dos elementos característicos fundamentales dentro del nuevo sistema: la liquidación anual de cesantías, y por tanto el reconocimiento y pago anual de los intereses sobre las mismas.

Sobre los intereses a la cesantía.

Como se tiene certeza que la demandante ingresó a laborar al Municipio de Guadalajara de Buga el 5 de enero de 1998, es claro que el régimen de cesantías que la cobija es el anualizado, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador.

A pesar de que el municipio tenía la obligación de pagar los intereses a la cesantía anualmente a la demandante, no lo hizo, entre otras razones, porque tampoco liquidó la cesantía cada 31 de diciembre de cada año laborado, como lo señala el literal a) del artículo 13 de la Ley 344 de 1996.

La Administración municipal decidió en diciembre de 2003, ponerse al día con el pago de los intereses de las cesantías, liquidando las mismas bajo el antiguo sistema de retroactividad, atendiendo un concepto emitido por la Oficina Jurídica del ente territorial (fls. 20 y 21), en el cual se sugirió que a los empleados públicos que no se les había liquidado las cesantías anualmente, convenía cancelarles las mismas retroactivamente a la fecha de terminación del contrato (sic), es decir bajo el anterior sistema a la Ley 344 de 1996.

La demandante por su parte reconoce (fl. 11) que se le liquidó retroactivamente los intereses a la cesantía correspondientes a los años de 1999 a 2003; y que por tal concepto recibió la suma de \$4.209.484, dinero que se le canceló durante el año 2004 (fl. 16).

Posteriormente, cuando ocurrió el retiro de la demandante por supresión del cargo, el municipio expidió la Resolución N° 099 de 4 de febrero de 2005, mediante la cual se le reconocieron las prestaciones sociales definitivas por todo el tiempo laborado, entre ellas las cesantías y los intereses de las mismas, pero no, como lo sugirió anteriormente la Oficina Jurídica de la entidad territorial, bajo el sistema retroactivo, sino mediante el régimen anualizado, sumándole a los valores adeudados, la debida indexación o actualización. Del total de la liquidación, para no incurrir en un doble pago, la administración descontó los \$4.209.484., por concepto de intereses a la cesantía, liquidados y pagados en el 2004, por el sistema retroactivo.

Sostiene la recurrente que la Administración Municipal no podía descontar los \$4.209.484, en razón a que era un derecho particular y concreto que no podía ser desconocido, ya que fue adquirido, primero, mediante el acto administrativo denominado como "Acta Conciliatoria Especial" (fl. 17), y posteriormente por la Resolución N° DAM 646 de 12 de

noviembre de 2004, (fls. 22 a 31) en cuyo artículo 3º, según ella, en forma precisa, clara y expresa se reconoció el derecho a los intereses legales.

Pues bien, observa la Sala que en el “Acta Conciliatoria Especial”, el Alcalde Municipal simplemente anunció una partida presupuestal para la vigencia de 2004, con el ánimo de cancelar los intereses a la cesantía correspondientes a los años de 1999 y 2000 para todos los empleados del Municipio, sin que se reconociera en el mismo acto ningún derecho particular y concreto en cabeza de la actora.

Frente a la Resolución DAM 646 de 12 de noviembre de 2004, si bien este acto sí reconoce el derecho a los intereses de las cesantías a la actora, dicho reconocimiento no tiene relación alguna ni con el “Acta Conciliatoria Especial”, ni con los \$4.209.484., que por intereses a la cesantía se cancelaron por el sistema retroactivo, pues el derecho reconocido en aquel acto, corresponde es a los intereses legales del 12% a las cesantías por la anualidad o por la fracción con corte a 31 de diciembre de cada año, en los términos del régimen *“congelado de cesantías de los empleados públicos”*, es decir, al sistema anualizado, para lo cual en la parte resolutive del mismo acto se ordenó *“expedir los actos administrativos particulares en los que contendrán individualmente las liquidaciones año por año de cada empleado..”*. Es de anotar que en desarrollo de esta Resolución DAM 646 de 12 de noviembre de 2004, se expidió la Resolución acusada No. 099 de 4 de febrero de 2005, que liquidó las cesantías y los intereses de las mismas, conforme al literal a) del artículo 13 de la Ley 344 de 1996.

Así las cosas, a pesar de que se encuentra demostrado que efectivamente el municipio pagó a la actora los \$4.209.484., según la certificación que obra a folio 16; lo cierto es que no existe, por lo menos dentro del expediente, el acto administrativo que reconoció de forma precisa, clara y expresa el derecho a recibir los intereses a la cesantía bajo el sistema retroactivo; y bajo este panorama, no puede la Sala declarar ninguna violación al debido proceso invocando el artículo 73 del C.C.A.

Ahora bien, como no se desvirtuó que la deducción realizada en la liquidación final de las prestaciones sociales de la demandante,

correspondía a un doble pago por concepto de intereses a la cesantía, es lógico que la sentencia apelada, en este punto permanezca inmodificable.

Sobre la sanción moratoria.

Posterior a la Ley 344 de 1996, y en el marco de la Ley 4ª de 1992, se expidió el Decreto 1582 de 1998, para reglamentar el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, en el cual se dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

“El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los [artículos 99, 102, 104](#) y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5o. y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998”.

(..)

Para mayor ilustración, a continuación se transcribe el artículo 99 de la Ley 50 de 1990:

ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, 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 día de retardo.**” (Negrillas de la Sala)*

Así las cosas, mientras la Ley 344 de 1996 estableció el nuevo régimen anualizado de cesantías y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado, el Decreto 1582 de 1998, fue la que trajo consigo la sanción moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990,

aplicable a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto (10 de agosto de 1998).

El nuevo régimen entonces además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, ordena que dicho valor se consigne antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija.

La sanción moratoria procede en cuantía de un día de salario por cada día de retardo, cuando el empleador no consigna la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente, antes del 15 de febrero de del año siguiente en el fondo que el trabajador eligió.

Cabe recordar que la Administración Municipal de Buga, a pesar de estar obligada, incumplió con la consignación de las cesantías anualizadas cada 15 de febrero, a partir del año de 1999 hasta el 30 de diciembre de 2004, fecha en la cual la actora se retiró del servicio por supresión del cargo.

El A-quo al resolver sobre la sanción moratoria, acogió la tesis que ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia, en la que se pregona que el simple incumplimiento o retardo en la consignación de la cesantía no comporta la sanción moratoria automáticamente o inexorablemente, sino que para su imposición necesariamente tiene que examinarse las razones que condujeron al empleador a incumplir con la obligación.

Después de analizar la situación factica del caso, el Tribunal concluyó que no se demostró que el demandado hubiera desarrollado un comportamiento carente de buena fe, al no pagar como debía la cesantía, teniendo en cuenta la difícil situación financiera por la cual atravesaba el ente territorial. Por el contrario, le atribuyó toda la culpa al demandante, quien, según esa Corporación, incumplió con la obligación de manifestar a la administración a qué fondo deseaba afiliarse, para efecto de que la entidad le consignara sus cesantías.

Considera la Sala que el Tribunal desacertó desde el punto de vista fáctico, pues antes de revisar la conducta asumida por la trabajadora, debió igualmente estudiar suficientemente el proceder del municipio empleador frente al pago de las cesantías.

La legislación laboral colombiana estableció la cesantía **como una obligación a cargo del empleador** y a favor del trabajador, quien la espera en el momento oportuno y en la cantidad debida.

De la lectura del artículo 99 de la Ley 50, arriba copiado, se deduce, que las entidades públicas quedan obligadas a liquidar y a consignar las cesantías, a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que él mismo elija, entre el 31 de diciembre de cada año y el 15 de febrero del año siguiente. Por tanto, dentro del mismo término la Administración tiene la obligación de producir el acto administrativo de liquidación para que sea debidamente notificado y con base en éste consignarlas.

Si bien la buena fe como principio orientador del derecho administrativo es exigible para el ejercicio de los derechos de los administrados, dicho principio, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 83 de nuestra Constitución y 3º de la ley 489 de 1998, debe tener una mayor exigencia frente a las actuaciones de la Administración cuando ejerce las potestades regladas, pues en este evento los funcionarios deben ajustarse solamente a los requerimientos literales de la norma que las atribuye.

Lo anterior para advertir que el municipio tenía la obligación legal de por lo menos liquidar la cesantía causada. Las cesantías se reputan como un derecho cierto e indiscutible porque se causan por el solo hecho de ser trabajador y porque la norma que señala la forma de liquidar dicha prestación da lugar a una sola interpretación. Por tanto, el ente territorial al no liquidar y reconocer el derecho a la cesantía, además de transgredir el ordenamiento jurídico, siempre demostró, durante la vigencia de la relación laboral, el animó dirigido a desconocer injustificadamente el derecho de la parte actora.

Frente al reconocimiento de las cesantías, no existe norma constitucional o legal para que las entidades públicas condicionen el reconocimiento del derecho a la falta o no de recursos económicos. Suele ocurrir

que la Administración Pública permanezca en grave situación económica, pero este solo hecho, por si solo, no reúne las condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad para alegar una circunstancia de fuerza mayor, y pagar inoportunamente las obligaciones contraídas con sus trabajadores, sin consecuencia alguna.

Es deber del personal directivo y administrativo, para el caso especial de las cesantías, a partir de la vinculación del personal, la debida diligencia para que esta ayuda llegue en el momento oportuno y en la cantidad debida. No encuentra la Sala demostradas actuaciones o medidas adecuadas por los funcionarios del municipio demandado para lograr la consignación oportuna de las cesantías, como la de intentar algún acuerdo entre la administración y sus empleados, frente al pago de las mismas y evitar en consecuencia el pago de la sanción por cada día de retraso, como lo exige la ley.

Atendiendo el proceder de la administración en relación con la liquidación de la cesantía de la demandante, para la Sala, resulta desproporcionada la conclusión a la que llegó el A-quo, en el sentido de dar por demostrado una conducta de mala fe provocada por la actora para que el empleador no le consignara las cesantías, cuando éste ni siquiera liquidó las mismas.

Dijo el Tribunal que la demandante no probó que cumplió con la obligación de indicarle al empleador el fondo de cesantías, al cual quería afiliarse. En primer lugar se debe advertir que conforme a la carga de la prueba, corresponde probar a quien invoca los hechos, pues no basta la sola afirmación del hecho sin su soporte probatorio. El Tribunal dio por demostrado un hecho, sin estarlo, ya que el demandado no aportó ningún elemento con fuerza probatoria creíble para inferir que la demandante eludió, dificultó o dilató el ejercicio de la facultad conferida por la ley para escoger el fondo de cesantías.

Al margen de lo anterior, se debe precisar que la ley da opción para que el trabajador pueda escoger el fondo de cesantías porque se trata en últimas de una decisión de conveniencia financiera que le concierne al trabajador ahorrador, pues la rentabilidad de la cesantía consignada depende del portafolio de inversión que cada fondo de cesantías maneje. Pero si el empleado no toma la decisión, el empleador queda habilitado para consignar las cesantías en el fondo

que decida, teniendo en cuenta que la administración no puede eludir su responsabilidad ante el silencio del interesado, y a éste le está prohibido renunciar al pago de dicha prestación.

Como el Municipio de Guadalajara de Buga incumplió injustificadamente con la obligación legal de consignar las cesantías de la señora Maria Gladys Vélez Henao, en las fechas prescritas en la ley, durante los años de 1999 a 2004, se sitúa a la demandada en un estado de mora, también abiertamente injustificada. En este orden de ideas, la legalidad de los actos acusados fue desvirtuada, en la medida que el demandado no podía negarse a cumplir lo estipulado por el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el sentido de pagar como sanción un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías, cuando los presupuestos en dicha disposición se habían dado.

Sobre la forma de liquidar la sanción o indemnización moratoria.

El Municipio de Buga, incumplió con la consignación de las cesantías anualizadas a partir del **15 de febrero del año de 1999 y hasta el 30 de diciembre de 2004**, fecha en la cual la actora se retiró del servicio. La indemnización o **sanción moratoria se causa solamente durante el mismo periodo de tiempo**, porque a partir de la terminación de la relación laboral, cambia la obligación de la consignación por la entrega al empleado retirado de la cesantía junto con las demás prestaciones y salarios insolutos.

Sin embargo, teniendo en cuenta la fecha de reclamación de la sanción moratoria (febrero 14 de 2005) encuentra la Sala que los derechos causados desde el 16 de febrero de 1999 hasta el 14 de febrero de 2002, se encuentran prescritos por culpa de la prescripción trienal. En consecuencia, la sanción moratoria se tendrá que liquidar a partir del 15 de febrero de 2002 hasta el 30 de diciembre de 2004.

Como se incumplió la consignación de varias anualidades la indemnización moratoria se causa desde la insatisfacción de la primera consignación con la base salarial que debió tomarse para calcular la cesantía dejada de consignar, pero como el empleador incumplió por segunda vez, el monto sigue causándose con base en el nuevo salario vigente en el año en que

nuevamente se causó la cesantía dejada de depositar, y así sucesivamente.

Ahora bien, del monto total de la sanción o indemnización moratoria debe deducirse la indexación de la cesantía reconocida por la Resolución 099 de 2005, pero, igualmente, solo la correspondiente al 15 de febrero de 2002 hasta el 30 de diciembre de 2004, por cuanto la sanción resulta muy superior al reajuste monetario que se logra con la sola indexación. La Corte Constitucional en la sentencia C-448 del 19 de septiembre de 1996, concluyó que no era razonable que un trabajador que tenga derecho a una sanción moratoria, por el mismo hecho y por el mismo periodo de tiempo, reclame también la indexación.

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,

F A L L A

SE REVOCA la sentencia de dos (2) de agosto de dos mil siete (2007), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso promovido por MARIA GLADYS VELEZ HENAO contra el MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA.

En su lugar se dispone:

1°. Declárase la nulidad parcial de las Resoluciones 099 de 4 de febrero de 2005 y 468 de 13 de abril del mismo año, por no haber reconocido la sanción moratoria que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

2o. A título de restablecimiento del derecho, se ordena al MUNICIPIO DE GUADALAJARA DE BUGA, reconocer y pagar a la señora María Gladys Vélez Henao la sanción moratoria que trata el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, desde el 15 de febrero de 2002 hasta el 30 de diciembre de 2004, por no consignar oportunamente las cesantías, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

3o. Declárase prescrito los derechos causados por el mismo concepto con anterioridad al 15 de febrero de 2002.

4º. SE DENIEGAN las demás pretensiones de la demanda.

5º. La suma resultante de la condena en favor de la señora MARIA GLADYS VELEZ HENAO, se actualizará, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R= RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN JAIME MORENO GARCÍA

ALFONSO VARGAS RINCÓN

Radicación No. 76001-23-31-000-2005-03190-01

Actor: María Gladys Velez Henao