



Sentencia 00565 de 2018 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 22 de marzo de 2018

Radicación: 08001-23-33-000-2014-00565-01
Número interno: 0842-2016
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Eugenia de la Hoz Barrios
Demandado: Municipio de Soledad, Atlántico y otro

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-036-2018

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de agosto de 2015 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora María Eugenia de la Hoz Barrios en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó al municipio de Soledad y al Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad.

Pretensiones¹.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo presunto o ficto derivado de la petición presentada el 21 de octubre de 2013, ante el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad².
2. Declarar la nulidad del acto administrativo presunto o ficto derivado de la solicitud formulada el 21 de octubre de 2013, ante el municipio de Soledad.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

3. Condenar a las demandadas a pagar a la señora María Eugenia la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, por el no pago oportuno de las cesantías definitivas reconocidas en la Resolución DD 042 del 21 de enero de 2011, a partir del 5 de abril de 2011. Indemnización que debe corresponder a la suma que resulte de multiplicar el día de salario \$36.317 por cada día de retardo y mora en el pago de las cesantías definitivas.
4. Ordenar que la suma que resulte como condena sea ajustada tomando como base el IPC de conformidad con el artículo 187 inciso 4° del C.P.A.C.A. Condenar en costas, incluyendo las agencias en derecho, según lo establecido en el artículo 188 *ibídem*.
5. Condenar al pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, según lo previsto en los artículos 192 y 195 inciso 4° del CPACA Lo anterior, sin perjuicio de la cuantía estimada en el presente medio de control para efectos de su establecimiento razonado, tal y como lo exige el artículo 152 numeral 2 del CPACA.

Fundamentos fácticos³

1. María Eugenia de Hoz Barrios, laboró en el Instituto Municipal de Tránsito y Transportes del municipio de Soledad, entre el 15 de enero de 2010 hasta el 19 de julio de 2010 y, desde el 4 de agosto al 26 de septiembre de 2010, en el cargo de secretaria.

2. A través de Resolución DD 042 del 21 de enero de 2011, le fueron reconocidas las cesantías definitivas y demás prestaciones sociales. Acto administrativo que fue notificado el 29 de 2011, contra el cual no se ejerció ningún recurso.

3. A la fecha de presentación del medio de control, a la demandante no le han reconocido ni cancelado, la sanción por el retardo y mora en el pago de la liquidación de sus cesantías definitivas, según lo dispuesto en el parágrafo 2º de la Ley 244 de 1995.

4. El día 21 de octubre de 2013, la demandante presentó escrito de reclamación administrativa ante el Instituto Municipal de Tránsito y Transportes de Soledad y el municipio de Soledad, con el fin de que fueran canceladas las cesantías definitivas así como la sanción moratoria regulada en la Ley 244 de 1995. Las entidades demandadas no dieron respuesta a dichas peticiones.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.⁴

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

En el presente caso a folio 83 y cd que obra a folio 186, en la etapa de excepciones previas se indicó lo siguiente:

« [...] No hay lugar a resolver excepciones previas, en razón de que el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad no propuso excepciones de esa naturaleza y el Municipio de Soledad no contestó la demanda [...]».

La decisión quedó notificada en estrados y las partes no interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

En el *sub lite* a folio 83, el *a quo* fijó el litigio respecto del problema jurídico de la siguiente forma:

Problema jurídico fijado en el litigio

« [...] Establecerse si los actos atacados en la demanda incurrieron en vicios de nulidad al negar la solicitud de la sanción moratoria de que trata la ley (sic) 244 de 1995 y en el caso positivo ordenar el correspondiente restablecimiento del derecho y determinar si ha operado el fenómeno de la prescripción sobre los mismos y de que (sic) forma ha operado, de lo contrario (sic) habrán de denegarse las suplicas (sic) de la demanda [...]».

SENTENCIA APELADA⁵

El *a quo* profirió sentencia de forma escrita, en la cual accedió a las pretensiones de la demanda, conforme pasa los siguientes argumentos:

De conformidad con los hechos probados, indicó que mediante Resolución DD 042 del 21 de enero de 2011, se le reconocieron a la señora María Eugenia de la Hoz Barrios las cesantías definitivas correspondientes al periodo entre el 15 de enero de 2010 hasta el 26 de abril de 2010, acto administrativo que quedó en firme a partir del 1º de febrero de 2011, 5 días después de que se notificó el acto conforme lo dispuesto en el artículo 51 del CCA vigente para la época de la petición y al sumar los 45 días hábiles conforme al artículo 2 de la Ley 244 de 1995, la entidad debió cancelar a más tardar el 5 de abril de 2011, sin embargo, lo efectuó el 9 de marzo de 2015.

Conforme a lo anterior, declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva frente al municipio de Soledad. De igual forma, declaró la nulidad del acto ficto o presunto generado del silencio administrativo del Instituto Municipal de Tránsito y Transportes de Soledad derivado de la petición del 21 de octubre de 2013 y, en consecuencia, condenó a dicha entidad al reconocimiento y pago de la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, desde el 6 de abril de 2011, hasta el 9 de marzo de 2015.

Declaró que no había lugar a declarar el fenómeno de prescripción, en atención a que se había formulado la petición de pago de sanción moratoria el día 21 de octubre de 2013 y teniendo en cuenta que la sanción era exigible a partir del 6 de abril de 2011, como quiera que a través de Resolución DD 042 del 21 de enero de 2011 se le reconocieron a la señora María Eugenia las cesantías definitivas, los derechos reclamados no se encontraban prescritos.

RECURSO DE APELACIÓN⁶

El Instituto Municipal de Tránsito y Transportes de Soledad solicitó revocar la providencia de primera instancia y en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda, acorde con los siguientes argumentos:

En primer lugar, señaló que la obligación contenida en la Resolución 042 del 21 de febrero de 2011, por valor de \$2.375.161, fue cancelada en su totalidad el día 9 de marzo de 2015. Agregó que actualmente la demandante labora en la entidad y es conocedora de la situación económica que atraviesa la entidad, verificando que no se trata de una negativa al pago sino que las múltiples acreencias laborales no permiten mayor fluidez en el cumplimiento de las obligaciones.

De otra parte, sostuvo que al no existir prueba fehaciente que demuestre la mala fe de la entidad condenada, no es dable “auto-aplicarse” una medida sancionatoria, pues la imposición de la indemnización moratoria, se encuentra condicionada al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guían la conducta del empleador y conforme a las pruebas recaudadas, está demostrado que durante toda la vigencia del vínculo laboral, la demandante conoce la grave crisis económica y estados financieros, que le impiden cumplir con sus obligaciones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁷: Arguyó que el pago de las cesantías definitivas se efectuó solo hasta el 9 de enero de 2015, por lo que se dan los presupuestos para el pago de la sanción establecida en la Ley 244 de 1995. De igual forma, indicó que las normas que regulan la indemnización moratoria no prevén ni disponen como requisito la buena fe para que la misma sea declarada judicialmente como en el caso que nos atañe.

Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad⁸: Manifestó que el Tribunal debió declarar probada la excepción de prescripción, toda vez que la demandante al momento de presentar la reclamación administrativa ya habían transcurrido más de tres años de la terminación de la relación laboral. En este sentido, argumentó que si el valor de las cesantías está prescrito, la sanción por no haberlas cancelado también lo está.

Solicitó que en caso de que no se comparta la anterior posición, se declare que operó la prescripción desde el 26 de septiembre de 2010, como quiera que la petición se elevó el 26 de septiembre de 2013.

Municipio de Soledad⁹: Peticionó que fuera confirmada la sentencia de primera instancia, en atención a que el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad, es el que funge como empleador de la demandante y por ende, es el responsable del pago de la indemnización solicitada por la demandante, sin que el municipio esté obligado a responder solidariamente por los compromisos adquiridos por IMTRASOL.

Concepto del Ministerio Público¹⁰: La procuradora segunda delegada para el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia recurrida, por cuanto se había demostrado el pago tardío de las cesantías y que el derecho a solicitarlas no había prescrito.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹¹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, se hace necesario precisar, que de conformidad con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹², el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolverse en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en la siguiente pregunta:

Problema jurídico

1. ¿La sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías definitivas sólo procede en caso de que la entidad empleadora actuó con mala fe, como lo afirma el municipio demandado?

Al respecto la Subsección sostendrá la siguiente tesis: El pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías definitivas no se encuentra condicionado a demostrar la mala fe del empleador, como se explica a continuación.

La Ley 244 de 1995¹³ definió las cesantías definitivas como aquellas que se deben reconocer a los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado una vez finalice su relación laboral. De igual forma, consagra los términos en los que se debe realizar su liquidación, reconocimiento y pago al igual que una sanción por mora en el evento de su pago tardío.

Es así como en el artículo 1 prescribe, que los servidores públicos de todos los órdenes, pueden solicitar las cesantías ante la entidad patronal, a quien le asiste la obligación de expedir la resolución correspondiente dentro de los 15 días hábiles siguientes a su presentación, si reúne los requisitos determinados por la ley. Cuando la solicitud está incompleta se debe informar al petente dentro de los 10 días hábiles siguientes a su recibo, señalándole de manera expresa los requisitos faltantes, y una vez aportados, esa solicitud se debe resolver dentro de los 15 días hábiles siguientes.

De igual forma, preceptuó en su artículo 2 que la entidad tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que adquiera firmeza el acto de reconocimiento, so pena de que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago

efectivo.

En el párrafo del citado articulado, se señaló que en caso de mora en el pago de esas cesantías definitivas, la entidad incumplida debe reconocer y cancelar al beneficiario un día de salario por cada día de retardo hasta que su pago se haga efectivo, para lo cual solo basta la acreditación de la no cancelación dentro del término legal previsto.

Bajo este entendido, la Sección Segunda de esta Corporación¹⁴ ha sostenido que la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995, es la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, o el pago de las cesantías parciales sin que medie la terminación del vínculo laboral, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa o solicita el pago de sus cesantías parciales y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995.

En consecuencia, la única exigencia regulada por la ley para que haya lugar al pago de la sanción moratoria objeto de discusión, es que la entidad estatal no realice el pago del auxilio de cesantía originado al momento de terminar la relación laboral o dentro del vínculo laboral la no cancelación de las cesantías parciales para efectos de vivienda o educación.

En ese sentido, la Subsección¹⁵ ha señalado que una vez efectuada la liquidación y reconocimiento de las cesantías definitivas, la obligación en cabeza de la entidad empleadora es pagarlas en su totalidad, de tal suerte que su incumplimiento, ya sea total o parcial, da lugar a reclamar el pago de la sanción.

Ahora bien, el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad en el recurso de apelación, insiste en que la sanción moratoria ordenada en primera instancia por el *a quo* no es procedente, como quiera que no se demostró que la entidad condenada actuó de mala fe, pues su retardo en el pago las cesantías definitivas de la demandante se debió a la grave situación económica por la que atraviesan.

Sin embargo, al realizarse el estudio de la normativa en precedencia, se tiene que la sanción moratoria regulada en la Ley 244 de 1995, procede cuando la entidad no efectúa el pago del auxilio de cesantía originado al momento de terminar la relación laboral como en este caso, y que, en nada influye elementos subjetivos como la buena o mala fe para que se condene a la entidad.

Bajo este mismo hilo argumentativo, se pronunció la Corporación¹⁶ así:

«[...] debe concluirse que la sanción moratoria por la tardanza en la consignación de las cesantías se causa desde el preciso momento en que la administración incurre en la mora, no siendo posible para la entidad empleadora exonerarse de la misma al no demostrarse que actuó con mala fe [...]». (Subrayas de la Sala).

En ese orden de ideas, toda vez que la administración territorial incurrió en mora en el pago de las cesantías definitivas de la señora María Eugenia de la Hoz Barrios (situación no controvertida en el recurso de apelación), advierte esta Subsección que el hecho de que la entidad manifieste encontrarse en una difícil situación económica (circunstancia que no se demostró en el plenario) no la exime del pago de la sanción.

En conclusión: La sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizadas se origina por el mero incumplimiento de los plazos señalados en la ley, sin atender a criterios subjetivos, como la mala fe, dado que las normas que regulan el tema no los incluyeron y, por cuanto la omisión del empleador no puede afectar los derechos del empleado.

Así las cosas, no prospera el argumento del recurso de apelación del Municipio demandado consistente en que para imponer la sanción moratoria primero se debe determinar si la entidad actuó de mala fe.

Finalmente, la Subsección observa que el Instituto recurrente en los alegatos de conclusión de segunda instancia, manifestó que el fallo de segunda instancia debía ser revocado, o en su defecto, modificado, toda vez que se debió declarar la prescripción extintiva o trienal, sin embargo, tales argumentos no podrán ser resueltos en esta instancia, en virtud de que los mismos no fueron sustentados en el recurso de alzada, pues el único señalamiento esgrimido en el escrito de apelación, fue la revocatoria de la sentencia de primera instancia dada la ausencia de mala fe por parte de la entidad en el pago tardío de las cesantías definitivas a favor de la demandante.

Otras decisiones:

En atención a la procedencia de la sanción moratoria, la Sala dispondrá remitir copias de esta actuación a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, a fin de que investiguen el actuar omisivo en que habrían incurrido los funcionarios municipales, por no reconocer y pagar oportunamente las cesantías a la demandante, que conllevó al presunto detrimento patrimonial del erario.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda, toda vez que no prosperan los argumentos del recurso de apelación.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez¹⁷ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia

del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de costas por lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» -CCA- a uno «*objetivo valorativo*» -CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹⁸, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, en el presente caso se condenará en costas al Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad, en la medida que conforme el ordinal 3. del artículo 365 del CPACA, resulta vencido en el proceso y la parte demandante intervino en esta instancia.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia de 25 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió a las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó la señora María Eugenia de la Hoz Barrios con el municipio de Soledad y el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad.

Segundo: Remitir copia de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, a fin de que se inicien las investigaciones a que haya lugar, en relación con la posible conducta omisiva en que pudieron incurrir las autoridades encargadas del pago de las cesantías a la demandante y que hubiera podido causar detrimento patrimonial del erario.

Tercero: Condenar en costas de segunda instancia al el Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Soledad y en favor de la parte demandante, las cuales se liquidarán por el *a quo*.

Cuarto: Reconocer personería jurídica a la abogada Miriam Real García identificada con cédula de ciudadanía número 1.003.697.353 y portadora de la tarjeta profesional 210.695 del C.S.J., como apoderada sustituta del municipio de Soledad.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Folio 3 del expediente.

2 En adelante IMTTRASOL.

3 Folios 4 y 5.

4 Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.

5 Folios 147 a 159.

6 Folio 167.

7 Folios 216 y 217.

8 Folios 218 a 220 y 232 a 237.

9 Folios 239 a 243.

10 Folios 244 a 248 vto.

11 El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

12 «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

13 Ley 244 de 1995. «Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones».

14 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 15 de febrero de 2018, consejero ponente William Hernández Gómez, número interno 3435-2015

15 Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Rad. 47001-23-31-000-2002-00266-01(0875-06). C.

P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

16 Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia del 11 de mayo de 2017. Radicación: 230012333000201200097-01, número interno: 1059-2014. C.P. William Hernández Gómez.

17 Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

18 “ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada

Fecha y hora de creación: 2026-05-21 14:54:31