

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CHOCÓ

SENTENCIA No.87

Quibdó, quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014)

RADICACIÓN: EXPEDIENTE NÚMERO: 27001 23 33 003 2013 00060 00

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACCIONANTE: YANETH LEMUS MORENO

ACCIONADO: DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ

PONENTE: Dra. NORMA MORENO MOSQUERA

ANTECEDENTES:

Actuando a través de apoderada judicial se instauró medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, promovida por **YANETH LEMUS MORENO** con la cual se pretende que esta Corporación declare la nulidad del oficio sin número, de fecha 10 de julio de 2012, suscrito por el asesor jurídico del Departamento del Chocó, con el cual se entiende se despacha desfavorablemente el reconocimiento y pago de la cesantía y los intereses de las mismas, así como la sanción moratoria; para que previas las ritualidades del proceso ordinario contencioso administrativo, surtido con citación y audiencia del Agente del Ministerio Público, se concedan las siguientes:

PRETENSIONES:

PRIMERO: Declarar la **NULIDAD DEL ACTO DE RESPUESTA NÚMERO, DE FECHA 10 DE JULIO DE 2012**, dada por el Asesor Jurídico del Departamento del Chocó a la reclamación administrativa formulada por la accionante **YANETH LEMUS MORENO**.

SEGUNDO: Condenar al Departamento del Chocó a reconocer y a consignar en el Fondo Nacional del Ahorro a la accionante **YANETH LEMUS MORENO**, las cesantías correspondientes a los años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009.

TERCERO: Condenar al Departamento del Chocó a reconocer y pagar a la accionante **YANETH LEMUS MORENO**, los intereses a las cesantías correspondientes a los años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009.

CUARTO: Condenar al Departamento del Chocó a reconocer y pagar a la accionante **YANETH LEMUS MORENO**, el valor correspondiente a la sanción

moratoria respectiva por el retraso en que ha incurrido el Departamento del Chocó al no consignar oportunamente el auxilio de cesantías de los períodos mencionados, retraso que a la fecha supera los 10 años.

HECHOS y OMISIONES:

Los fundamentos de hecho que sirven de base a las pretensiones, se expresaron así:

PRIMERO: la señora YANETH LEMUS MORENO, presta sus servicios en el Instituto Agrícola del Municipio de Unguía, de manera continua e ininterrumpida como consta en las respectivas actas de posesión adjuntas.

SEGUNDO: El Instituto Agrícola de Unguía, tuvo como ente nominador hasta el 2001 al Fondo Educativo Regional, y a partir de la fecha de liquidación de dicho fondo, los nombramientos y pagos de sus empleados administrativos, quedaron a cargo de la Secretaría de Educación Departamental.

TERCERO: Teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el actor se afilió al Fondo Nacional del Ahorro.

CUARTO: Durante el período comprendido entre el 2001 al 2009, el Fondo Nacional del Ahorro no recibió consignación alguna por concepto de cesantías a nombre de la accionante.

QUINTO: Con el fin de obtener el reconocimiento y pago de las acreencias, el 2 de noviembre de 2011, el demandante impetró reclamación administrativa ante la Gobernación del Departamento del Chocó, sin embargo la administración en esa ocasión guardó absoluto silencio.

SEXTO: Debido al silencio de la administración departamental se elevó petición ante el Ministerio de Educación Nacional el cual el 18 de mayo contestó.

SÉPTIMO: El Ministerio de Educación Nacional remitió la petición del hoy actor al Departamento del Chocó, quien dio respuesta el 10 de julio de 2012, manifestando lo dicho anteriormente, además agregando que una vez revisada la base de datos confirmó que efectivamente al hoy actor se le adeudaban los valores indicados; y a su vez indicó, que debido al cúmulo de embargos que lo agobiaban y la situación tan crítica por la que atraviesa, le ha sido imposible cancelar dichas acreencias, pero que en la actualidad estaban realizando las gestiones pertinentes para obtener los recursos necesarios para realizar los pagos, razón por la cual le solicitó un compás de esperas para cancelarle dichas acreencias.

OCTAVO: Hasta la fecha de presentación de la demanda, el Fondo Nacional del Ahorro no ha recibido desembolso alguno por los conceptos reclamados.

NOVENO: Aunque la Gobernación admite adeudarle al actor las cesantías desde el año 2002 al 2007, la realidad es que le adeuda además los años 2001, 2008 y 2009, es decir, que han pasado más de 10 años de espera, en los cuales el ente territorial responsable de consignar o pagar dichas acreencias no ha hecho nada al respecto.

DÉCIMO: El no pago o la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo Nacional del Ahorro, priva al actor de hacer uso de ellas en los casos permitidos por la ley; teniendo en muchas ocasiones que acudir a préstamos a través de particulares, cuando puede hacer uso de un ahorro obligatorio respecto al cual la ley ha establecido los casos específicos de su retiro.

UNDÉCIMO: El retraso en la consignación al Fondo de Cesantías por parte del ente nominador, constituye a favor del actor el derecho a reclamar la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de sus cesantías.

FUNDAMENTOS DE DERECHO, NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Relaciona el actor como fundamento jurídico de sus pretensiones, Artículo 99 de la Ley 50 de 1990; art. 13 de la Ley 344 de 1996; art. 1 del Decreto 1582 de 1998, Ley 244 de 1995, Ley 344 de 1996.

En lo referente al concepto de la violación expresa: *“es evidente que la administración a la señora YANETH LEMUS MORENO. Incumplimiento que es posible predicarlo desde la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 en las entidades territoriales, esto es, desde la vigencia del Decreto 1582 de 1998 que reglamentó la aplicación de este régimen anualizado a los trabajadores que venían vinculados a la administración con régimen retroactivo y que decidían acogerse al nuevo régimen anualizado. En este orden, para quienes se encontraban vinculados con una entidad territorial antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 en dichas entidades territoriales, esto es el 10 de agosto de 1998, el derecho a que su cesantía anual fuera consignada antes del 15 de febrero de la correspondiente anualidad, sólo podía reclamarse después del 10 de agosto de 1998 y la cesantía de la anualidad 1997 debía liquidarse y entregar al fondo privado de cesantías al que el empleado se afiliara, acorde con lo estipulado en el artículo 3 del Decreto 1582 citado. Sólo a partir de tal fecha, 10 de agosto de 1998, se puede entender que la sanción moratoria por falta de consignación de cesantías en los fondos privados, aplica para los empleados públicos del orden territorial, ya que por tratarse de una sanción, no era acertado hacer una aplicación extensiva de tales normas. Así las cosas, la sanción moratoria que el actor reclama se causan a partir del 15 de febrero de 2002.*

Por lo tanto es desde la entrada en vigencia de la norma reguladora del régimen anualizado de cesantías para las entidades territoriales, que se puede aplicar la sanción a la entidad que incumpla con la obligación de consignar el valor de esta prestación en los fondos privados dentro del término legal, dado que por tratarse de normas que consagran sanciones no es viable su aplicación extensiva. La sanción moratoria del artículo 99 – 3 de la Ley 50 de 1990, surge a la vida jurídica el 15 de febrero de cada anualidad, pues es antes de ese día que el empleador debe consignar el valor liquidado del auxilio de cesantías. Entonces, si el empleador no consigna en la fecha señalada, la dicha sanción moratoria empieza su vigencia desde entonces, es decir, se hace exigible.

No debe olvidarse, que la sanción prevista en el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1999, se aplica mientras esté vigente la relación laboral y se causa cuando la administración no consigna al fondo de cesantías el valor liquidado a favor del trabajador antes del 15 de febrero de cada anualidad. A diferencia de esta, la sanción de la Ley 244 de 1995, para la cual es necesario demostrar el retiro definitivo del cargo, y se activa cuando el funcionario solicita ante la administración su cancelación”.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

Mediante memorial del 21 de junio de 2013, el Departamento del Chocó por conducto de su apoderada judicial, contestó la demanda manifestando que la parte demandante, ha hecho una indebida aplicación de las normas, pues de acuerdo a su fecha de ingreso laboral, 17 de junio de 1991, le es aplicable el régimen de retroactividad de las cesantías.

Por lo anterior considera, que no ha habido por parte del Departamento del Chocó, violación o transgresión alguna al artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como tampoco hay violación del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y mucho menos de la Ley 244 de 1995, por la sencilla razón que éstas normas no le son aplicables a la actora, por ser un servidor público del orden territorial vinculado antes de 1996.

TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue admitida mediante auto interlocutorio número 113 del 21 de febrero del 2013, (folios 121 al 122).

El día 18 de septiembre de 2013, a las 9:00 a.m., se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., como consta en el acta número 055 visible a folios 175 al 184 del expediente (C.D anexo.)

De conformidad con el acta número 03 del 20 enero del 2014, se realiza la audiencia de prueba de que trata el artículo 181 del C.P.A.C.A, (visible a folio 202 al 205 anexo c.d.), en la que se ordenó a las partes y al Ministerio Público la presentación de los alegatos de conclusión por escrito.

ALEGATOS

No hay constancia en el expediente que las partes hayan alegado de conclusión y que el Ministerio Público haya emitido su concepto.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Competencia:

El Tribunal es competente para resolver el presente asunto de conformidad con lo establecido en el artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que asigna a los tribunales el conocimiento en primera instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controvertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No se observa la existencia de causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que procede el Tribunal a pronunciarse de fondo en el presente asunto.

Problema jurídico

Se trata en este caso de establecer la legalidad del oficio sin número, de fecha 10 de julio de 2012, por medio del cual el Asesor Jurídico del Departamento del Chocó, negó a la actora el reconocimiento y pago de sus cesantías correspondiente a los años 2001 al 2009, y la correspondiente sanción moratoria prevista en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 y en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala, establecer, con apoyo en el acervo probatorio si la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las cesantías desde el año 2001 hasta el 2009, y a la sanción moratoria reclamada prevista en los artículos 2 de la Ley 244 de 1995 y el art. 99 de la Ley 50 de 1990.

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala abordará el estudio de los siguientes temas: 1.- Acto demandado, 2.- Las cesantías, 3.- La Sanción moratoria de las Leyes 244 de 1995 y 50 de 1990 y, 4.- El caso concreto.

1.- Acto demandado.

El acto demandado lo constituye el oficio sin número, de fecha 10 de julio de 2012, suscrito por el Asesor Jurídico del Departamento del Chocó, por medio del cual se despachó de manera desfavorable la petición de la señora YANETH LEMUS MORENO (folios 37).

2.- Las cesantías

El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6 de 1945 que, en su artículo 17¹, estableció esta prestación social en razón de un mes de salario por cada año de servicios:

Sobre esta prestación el Consejo de Estado ha dicho que: *“Las cesantías son una prestación social a que tienen derecho los empleados públicos, entre ellos los del orden territorial. Las cesantías definitivas, como su nombre lo indica, son las que se reconocen y **pagan cuando se rompe el vínculo entre la administración y el funcionario, es decir cuando éste se retira del servicio**”*².

Una vez expuesto lo anterior, se tiene que el auxilio de cesantía se trata de una de las “prestaciones sociales comunes”, y que constituye, como afirma la doctrina, “una compensación adicional que la ley reconoce al trabajador por los servicios personales prestados a otra persona en determinado período de tiempo”, (Domingo Campos Rivera, *“Derecho Laboral Colombiano”*, Edit. Temis, Pág. 507). De modo que su pago es obligatorio al término del contrato de trabajo, salvo los casos previstos taxativamente.

Al estar probada la vinculación laboral como ecónomo bibliotecario desde el 17 de junio 1991, se afirma sin dubitación que el demandante tiene derecho la reconocimiento y pago de las cesantías³, prestación social a favor del empleado a cargo del empleador consagrada en la legislación, en un amplio número de disposiciones⁴.

¹**Artículo 17°.-** Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.

² C.E., Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 25 de agosto de 2005, M.P. dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE.

³ Las normas no definen el auxilio de cesantías, no obstante el Consejo de Estado la define en los siguientes términos: “este auxilio corresponde a una suma de dinero que el empleador está obligado a pagar al trabajador a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio a la finalización del contrato de trabajo, en el caso de los particulares; o en el caso de los públicos, un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero basado en el mismo fundamento jurídico y filosófico a una y otra clase de trabajadores: la relación de trabajo”. - Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II Subsección “A”, noviembre 11 de 2009 Expediente No 250002325000200304523 01 (0808-07), Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Su objetivo o finalidad es “cubrir o prever las necesidades que se originan para el trabajador con posterioridad al retiro de una empresa, por lo que resulta un ahorro obligado orientado a cubrir el riesgo de desempleo. Se trata de un objetivo acorde con los principios de una Constitución humanista fundada en el respeto por la dignidad humana, en este caso del trabajador”. - Corte Constitucional, Sentencia C-823 de 2006.

⁴**Ley 65 de 1946** “Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras”, **Decreto 1160 de 1947** “Sobre auxilio de cesantía”, **Decreto 1045 de 1978** “Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación, de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”, **Ley 50 de 1990** “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”, **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”, **Ley 344 de 1996** “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”, **Ley 432 de 1998** “Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones”, **Decreto 1582 de 1998** “Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 13, de la Ley 344 de 1996 y 5o de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”, **Decreto 1453 de 1998** “Por el cual se reglamenta la Ley 432 de 1998, que reorganizó el Fondo Nacional de Ahorro, se transformó su naturaleza jurídica y se dictan otras

3. La sanción moratoria de las Leyes 244 de 1995 y 50 de 1990.

La Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, dispone que:

“...ARTÍCULO 1o. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

ARTÍCULO 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

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

“...la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites. Este hecho origina además cierto tipo de favorecimiento y que se modifique el orden de radicación de las solicitudes, prácticamente al mejor postor.”⁵.

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

No trae consigo la norma ninguna excepción a la aplicación de la sanción, lo que quiere decir, que si no se pagó dentro del término estipulado para ello, la sanción se aplica.

disposiciones”, **Decreto 1252 de 2000** “Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública”, **Ley 1071 de 2006** “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”, **Ley 1064 de 2006** “Por la cual se dictan normas para el apoyo y fortalecimiento de la educación para el trabajo y el desarrollo humano establecida como educación no formal en la Ley General de Educación”, **Ley 1328 de 2009** “Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”.

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

La Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.

Igualmente de los artículos transcritos, se deduce, que si se trata del auxilio de cesantía, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, la entidad pública obligada al pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación definitiva de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

La Ley 50 de 1990

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece:

“...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”.

Este régimen anualizado de cesantías se hizo extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 1º de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998⁶ (vigente desde el 10 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, 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 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

El Consejo de Estado ha diferenciado claramente, las consecuencias que se derivan de la no consignación oportuna de las cesantías al respectivo fondo y la resultante del no pago de las cesantías al término de la relación laboral en los siguientes términos⁷: *“...en el sentido de que existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre; con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no paga oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995.*

⁶ARTICULO 5o. AFILIACION DE SERVIDORES PUBLICOS. A partir de la vigencia de la presente ley deben afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional.

⁷Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, de 21 de mayo de 2009. Expediente 2070 de 2007, actor: William Arango Pérez. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, reiterada en la sentencia del 23 de junio de dos mil once2011, M. P. Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

Lo anterior indica que a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del Decreto 1582 de 1998, se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada al 15 de febrero, y la segunda, prevista en la Ley 244 de 1995, se genera por el no pago de esa prestación al momento del retiro del servicio (cesantía definitiva)”.

Lo anterior nos permite entrar al análisis del caso concreto y a ello se procede.

4. Caso Concreto

Lo probado

La actora ingresó al servicio del Departamento del Chocó, el 17 de julio de 1991, de donde se desprendería que a éste le es aplicable el régimen retroactivo de cesantías; pero analizado el extracto individual de cesantías la señora YANETH LEMUS MORENO, obrante a folio 194 al 201 del expediente se tiene, que al mismo se le liquidan sus cesantías anualmente, por lo que concluye la Sala que el demandante se acogió al régimen anualizado de cesantías.

Se afirmó en la demanda que el Departamento del Chocó, no consignó al Fondo Nacional del Ahorro, las cesantías de la actora durante el período comprendido entre los años 2001 y 2009.

En el oficio CORDIS 2012ER43834 del 18 de mayo de 2012, emanado del Ministerio de Educación Nacional (fl.36), y en el extracto individual de cesantías de fecha 30 de septiembre del 2013. visible a folios 194 al 201 del expediente, expedido por el Fondo Nacional del Ahorro, se observa que en los mismos no hay constancia de que se haya consignado las cesantías de la demandante correspondiente a los años 2001 al 5 de julio de 2009, y tampoco existe constancia de que se las hayan cancelado a él directamente, razón por la cual se accederá a la pretensión de la demanda en lo que respecta al reconocimiento y consignación al Fondo Nacional del Ahorro de las cesantías de los años 2001 al 5 de julio de 2009 del demandante.

Del análisis de los hechos de la demandada se tiene, que la demandante viene vinculado al servicio de la Secretaria de Educación Departamental desde el 17 de junio de 1991 hasta la fecha.

Por lo que en manera alguna en el caso sub examine se configura la solicitada sanción moratoria, establecida en la Ley 244 de 1995, pues de conformidad con el espíritu de la comentada disposición, tal figura se instituyó para proteger el derecho de los servidores públicos **que se retiran del servicio**, es decir, esta –*la sanción moratoria*–, por no pago de las cesantías definitivas, se genera cuando se rompe el vínculo laboral; y además, no se encuentra acreditado que la actora haya solicitado el pago de sus cesantías parciales y que éstas le hayan sido canceladas tardíamente; por lo anterior esta pretensión de la demandan no tiene vocación de prosperidad.

CESANTIAS PARCIALES DE LA LEY 1071 DEL 2006.

El artículo 3 de la Ley 1071 del 2006, que modifico la Ley 244 de 1995, establece los requisitos para solicitar las cesantías parciales.

Artículo 3. Retiro Parcial de Cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero (a) permanente.
2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero (a) permanente, o sus hijos.

El artículo 4 de la ley 1076 del 2006 que modifico la Ley 244 de 1995, extendió la sanción moratoria a las cesantías parciales estableciendo que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

PARAGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud' está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos Y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos Y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

El Artículo 5 de la ley 1076 del 2006, que modifico la Ley 244 de 1995, establece que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

Revisado el expediente, se observa que la actora no reclamó sus cesantías parciales al Fondo Nacional del Ahorro, de conformidad con el artículo 3, de la Ley 1071 del 2006, por lo que no se le causó la sanción moratoria, por lo tanto la actora no tiene derecho a ella.

En lo que respecta a la **sanción moratoria estipulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990**, la Sala considera que ésta es un beneficio que tienen los empleados que se encuentren afiliados a fondos privados de cesantías; mientras que el régimen aplicables a los servidores públicos que están afiliados al Fondo Nacional del Ahorro (como es el caso que nos ocupa), es el consagrado en la Ley 432 de 1998, normatividad según la cual, los intereses moratorios por el incumplimiento en la consignación de las cesantías, se causan a favor del Fondo Nacional del Ahorro y no del trabajador; razón por la cual esta pretensión no ha de prosperar.

De conformidad con lo probado en el proceso, el Departamento del Chocó, aún no ha consignado al Fondo Nacional del Ahorro las cesantías correspondiente a los años 2001 al 2009, por lo que la orden que impartirá el Tribunal estará dirigida a la satisfacción por parte de la entidad demandada de dicha obligación.

La sala corrige la postura que venía adoptando, en el sentido de ordenar el pago de los intereses de las cesantías a favor del fondo nacional del ahorro, ello en atención a que de conformidad con el artículo 11 de la Ley 932 de 1998, es a

dicho fondo que le corresponde reconocer y abonar a la cuenta individual de cesantías, de cada afiliado los intereses de las mismas.

Ello de conformidad a que la situación económica crítica por la que atraviesa la demandada no puede convertirse en excusa insuperable para la entidad empleadora encargada de efectuar reconocimientos y pagos prestacionales. Es su deber, por el contrario, adelantar las gestiones necesarias para atender tales obligaciones, que se encuentran íntimamente ligadas con el derecho al trabajo y la dignidad humana⁸. Los derechos laborales carecerían de sentido si estuvieran sujetos a condiciones que en la práctica no tienen una fecha cierta de materialización.

Por lo anterior, se declarará la nulidad parcial del oficio si número, de fecha 10 de julio de 2012, suscrito por el Asesor Jurídico del Departamento del Chocó, como consecuencia de ello y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ, para que adelante las gestiones administrativas, presupuestales y financieras tendientes a consignar en el Fondo Nacional del Ahorro el componente de cesantías que le corresponde a la señora YANETH LEMUS MORENO, por los años los años 2001 al 5 de julio de 2009.

Otras decisiones

RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS - Clases: penal, fiscal, patrimonial, disciplinaria.

La Sala considera que la conducta de quienes tenían la responsabilidad de consignar las cesantías reconocidas a la demandante en este proceso, puede eventualmente comprometer su responsabilidad penal, fiscal, patrimonial, disciplinaria.

Así las cosas y dando alcance a la Ley 432 de 1998⁹, y al artículo 2º de la Ley 244 de 1995 que dispone: “Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”, en armonía con lo enunciado en el PARÁGRAFO del mismo artículo, “En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo”, la Sala ordenará se compulse copia de esta sentencia para que la Fiscalía General de la Nación, el Departamento del Chocó, la Procuraduría y la Contraloría Departamental del Chocó, investiguen la conducta, de quienes con su omisión dieron lugar a la presente decisión condenatoria.

⁸ Ver T-192 del 05 de marzo de 2003, M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

⁹ARTICULO 6o. TRANSFERENCIA DE CESANTÍAS. <Artículo modificado por el artículo 193 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Durante el transcurso del mes de febrero las entidades empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional del Ahorro el valor liquidado por concepto de cesantías, teniendo en cuenta los dos últimos números de NIT para fijar fechas de pago.

Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.

Los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en las faltas disciplinarias de conformidad con el régimen disciplinario vigente

COSTAS:

De conformidad con el artículo 365 numerales 1, inciso 1, se condenará en costas a la parte demandada por haber sido vencida en este proceso, y el artículo 366 numeral 4 del Código General del proceso, fíjese como agencias en derecho, la suma de UN MILLÓN NOVECIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$1.910.000) equivalentes al cinco por ciento (5%) de las pretensiones concedidas, ello de conformidad con el Acuerdo N° 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DECLARAR la nulidad parcial del oficio si número, de fecha 10 de julio de 2012, suscrito por el Asesor Jurídico del Departamento del Chocó, por medio del cual se denegó el reconocimiento y pago de las cesantías correspondientes a los años 2001 al 2009 a favor de la señora YANETH LEMUS MORENO.

SEGUNDO. ORDENESE al **DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ**, para que adelante las gestiones administrativas, presupuestales y financieras tendientes a consignar en el Fondo Nacional del Ahorro el componente de cesantías que le corresponde a la señora YANETH LEMUS CORDOBA, por los años los años 2001 al 5 de julio de 2009.

TERCERO: DENIEGUESE el reconocimiento de la sanción moratoria por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Por Secretaría, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

QUINTO: Compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación Seccional Chocó, Procuraduría General de la nación Regional Chocó, Departamento del Chocó, y la Contraloría del Chocó, para que se investigue la conducta de los funcionarios responsables encargados de aplicar la ley.

SEXTO: Costas para la parte demandada, fijase las agencias en derecho en la suma de UN MILLÓN NOVECIENTOS DIEZ MIL PESOS (\$1.910.000), para ser incluidas en la liquidación de costas, por secretaria tákense.

SEPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, expídanse copias autenticadas de la presente a las partes y al Agente del Ministerio Público.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada en sala, según consta en acta número 047 de la fecha.

MIRTHA ABADÍA SERNA

Magistrada

(En uso de permiso)

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Magistrado

NORMA MORENO MOSQUERA

Magistrada