

RESTRUCTURACION DE PASIVOS FINANCIEROS – Marco jurídico y jurisprudencial / PRESTACIONES SOCIALES – No se pueden desconocer aprovechando la crítica situación financiera / DERECHOS Y GARANTIAS LABORALES – Prestaciones sociales

Si la Entidad demandada excluye alguna de sus acreencias, se estaría aprovechando de su crítica situación financiera y desconociendo el espíritu de la figura de saneamiento económico que contiene la Ley 550 de 1990, en cuanto no garantiza la equidad en el Acuerdo. Debe resaltarse que la finalidad del Acuerdo de reestructuración de pasivos, es proteger las obligaciones adquiridas con justo título, lo que permite afirmar que de ninguna forma le es factible desconocer alguna de dichas obligaciones. Finalmente, en sentencia, destacó que cuando se vulneran derechos y garantías laborales que no están circunscritas en el contenido de los Acuerdos, dichas convenciones devienen en inconstitucionales, por lo que es procedente que este se inaplique por inconstitucional en los casos en que se evidencia que con los mismos se evade el pago de prestaciones sociales preexistentes.

FUENTE FORMAL: LEY 550 DE 1990

ACUERDO DE RESTRUCTURACION DE PASIVOS – Empresa de servicios públicos de Mangague / ACREENCIAS LABORALES – No se incluyeron en el proceso de reestructuración / PRESTACIONES SOCIALES – Deben ser reconocidas en el proceso de reestructuración

A pesar que la Empresa de Servicios Públicos de Magangué -SERVIMAG E.S.P- el 12 de junio de 2001 entró en proceso de reestructuración, no aportó los documentos necesarios para demostrar la inclusión de las acreencias laborales del actor dentro del acuerdo de reestructuración y poder reclamar ante el promotor sus acreencias laborales, motivo por el cual y de conformidad con la jurisprudencia transcrita deviene inconstitucional, pues no puede cercenar los derechos de los trabajadores que no consintieron en su aprobación ni desconocer derechos preexistentes, por lo tanto, se procederá a inaplicarlo por inconstitucional. Así las cosas y de conformidad con lo expuesto, la entidad demandada deberá reconocer y pagar lo referente a los salarios y prestaciones sociales legales y no convencionales al actor, pues como lo señaló el Tribunal Administrativo de Bolívar al estar demostrado la condición de empleado público no lo cobija la convención colectiva, las cuales serán debidamente indexadas, salvo lo relacionado con el auxilio de cesantías definitivas pues como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia no es posible acceder al reconocimiento de indexación y la sanción por el no pago de las cesantías señaladas la Ley 244 de 1995, por considerar incompatibles estas dos figuras, en tanto una y otra obedecen a la misma causa.

AUXILIO DE CESANTIA - Términos para el pago / SANCION MORATORIA - No pago del auxilio de cesantía / SANCION MORATORIA – Un día de salario por cada día de retardo / ACUERDO DE RESTRUCTURACION DE PASIVOS – No incluyo prestaciones sociales / NO INCLUSION DE PRESTACIONES SOCIALES – No objetada por el empleado publico

La anterior normativa prevé los términos legales con que cuenta la Administración para la liquidación y pago de las cesantías, imponiendo una sanción moratoria por su incumplimiento. Dicho articulado reitera que tanto los términos para el pago de la prestación como los de la contabilización de la sanción moratoria son aplicables cuando se solicita la liquidación definitiva del auxilio de cesantía. De igual manera

ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada. Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado¹, dejó en claro a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía y su agotamiento en la vía gubernativa

NOTA DE RELATORIA: Sobre la contabilización de la moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía y su agotamiento en la vía gubernativa ver sentencia de 27 de marzo de 2007, Sala Plena del Consejo de Estado, Rad. 2777-2004, C.P. Jesús María Lemus Bustamante

FUENTE FORMAL: LEY 244 DE 1995 – ARTICULO 1 / LEY 244 DE 1995 – ARTICULO 2

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 13001-23-31-000-2001-01343-01(2199-10)

Actor: ANTONIO JOSÉ MORALES MEZA

Demandado: EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE MAGANGUÉ – SERVIMAG ESP

Autoridades Municipales

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 20 de mayo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

ANTECEDENTES

ANTONIO JOSÉ MORALES MEZA en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y por conducto de apoderado

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de marzo de 2007, Consejero Ponente: doctor Jesús María Lemus Bustamante, Número Interno 2777-2004, Actor José Bolívar Caicedo Ruíz.

demandó del Tribunal Administrativo de Bolívar la nulidad del Oficio de 27 de julio de 2001 proferido por el Gerente General de la Empresa de Servicios Públicos de Magangué –SERVIMAG ESP, mediante la cual negó la solicitud de reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho pretende se condene a la demandada a pagarle el valor de las cesantías, intereses a las mismas, sanción por no pago, primas de servicio, navidad, vacaciones, prima de antigüedad y bonificación por retiro voluntario.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones, señala:

Desempeñó las funciones de Gerente Comercial de la Empresa de Servicios Públicos de Magangué –SERVIMAG ESP desde el 4 de enero de 1995 hasta el 24 de mayo de 2000, fecha en que fue aceptada su renuncia.

Al momento de su desvinculación no le fueron liquidadas ni canceladas las prestaciones sociales legales ni convencionales a que tiene derecho.

Mediante Resolución 04690 de 12 de junio de 2001 se aceptó la solicitud de promoción de acuerdo de restructuración de la Empresa de Servicios Públicos de Magangué –SERVIMAG E.S.P

El 24 de julio de 2001 solicitó a la Entidad el reconocimiento de las prestaciones sociales legales y convencionales, petición que fue negada mediante el acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- Constitución Política, artículos 1, 2, 13, 23 y 53.
- Ley 142 de 1994: artículo 41.
- Decreto 3135 de 1968: artículo 5.
- Ley 6 de 1945: artículo 17.
- Decreto 1160 de 1947: artículos 1, 2 y 5.
- Decreto 3148 de 1968: artículo 1.
- Decreto 1848 de 1969: artículo 51.

- Ley 11 de 1984.
- Ley 70 de 1988: artículos 1 y 2.
- Ley 244 de 1995.
- Decreto Ley 1042 de 1978.
- Decreto 1045 de 1978.
- Decreto 3148 de 1968.
- Convención colectiva de trabajo suscrita entre SITRACUAEMPONAL y SERVIMAG E.S.P.

Como concepto de violación contra las normas invocadas expresa:

Se desconocen los derechos constitucionales y laborales señalados por considerar que la Empresa de Servicios Públicos de Magangué –SERVIMAG ESP no puede interpretar que la Ley 550 de 1999 niegue el reconocimiento de los derechos laborales que se hayan generado con anterioridad a la aceptación de la solicitud de promoción.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Bolívar mediante providencia del 20 de mayo de 2010 negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto señaló lo siguiente:

El actor ostentaba la calidad de empleado público, por lo cual las cláusulas de convención colectiva no regulan su situación laboral, por el vínculo legal y reglamentario que impide que los acuerdos de voluntades sean norma rectora durante la ejecución de la relación laboral, siendo improcedente reclamar las acreencias laborales del orden convencional.

Mediante oficio de 27 julio de 2001, se le informó al actor el estado en que se encontraba el proceso de reestructuración de pasivos de la empresa, por lo que, debió seguir los parámetros establecidos en la Ley 550 de 1999 para hacer valer las acreencias laborales que existían a su favor y ser incluido en el acuerdo de reestructuración.

Del material probatorio obrante en el expediente no se aprecia que se haya dado cumplimiento a lo señalado en la Ley 550 de 1999 para ser incluido en el acuerdo de reestructuración pues todas las acreencias quedaron sometidas a dicho procedimiento, como tampoco se demostró la mala fe de la empresa demandada para dejar por fuera su acreencia.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia de 20 de mayo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, por considerar que si bien es cierto que la empresa avisó al actor la existencia del acuerdo de reestructuración de pasivos, en ningún momento reconoció ni liquidó los haberes laborales adeudados para poder hacerse parte del proceso de reestructuración, existiendo falsa motivación en el oficio que se demanda.

Finalmente, indica que el hecho de que la Empresa de Servicios Públicos de Magangué –SERVIMAG- se haya acogido a la Ley 550 de 1999, no prohíbe el reconocimiento de obligaciones y más aún si son de carácter laboral.

Para resolver, se

CONSIDERA

El Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de la demanda por considerar que el actor no siguió los parámetros establecidos en la Ley 550 de 1999 para hacer valer sus acreencias laborales y ser incluido en el acuerdo de reestructuración.

Por su parte, el apoderado del señor Antonio José Morales Meza, señala que la Empresa de Servicios Públicos de Magangué –SERVIMAG- no le reconoció sus derechos salariales y prestacionales para hacerse parte del proceso de reestructuración como lo ordena la Ley 550 de 1999, pues nunca fue considerada su acreencia como un activo dentro del proceso.

Como quiera que el demandante alega el derecho al reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales y de la sanción establecida en la Ley 244 de 1995, y la

entidad demandada la deniega argumentando el proceso de reestructuración de pasivos financieros a la que se vio sometida, corresponde verificar si la actitud de la Administración encuentra respaldo legal, o si por el contrario, las prestaciones y la sanción reclamadas eran procedentes, aun por encima de la situación financiera de la Entidad.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

La Ley 550 de 1999, conocida como la Ley de reactivación empresarial y reestructuración de los entes territoriales, tuvo como fin la reactivación de la economía de conformidad con los mandatos contenidos en los artículos 334 y 335 de la Constitución Política, con la clara finalidad de que el Estado pudiera intervenir para lograr la reactivación de la economía y del empleo.

Por eso, y conforme a lo dispuesto por el artículo 334 de la Carta Política, al Estado le corresponde la dirección general de la economía y al legislador dictar las normas de intervención que puedan garantizar que la actividad económica se desarrolle sin quebranto de los principios y valores consagrados en la Constitución Política.

La labor conjunta de los actores que intervienen en todo el proceso de reestructuración financiera bajo los lineamientos de la Ley 550, debe ir encaminada a que la Empresa cumpla con la función social para la cual fue creada, a que se fomente el empleo, a que se respeten los derechos fundamentales, se mejore la calidad de vida de los habitantes, a la igualdad de oportunidades y al estímulo a las actividades empresariales, dentro del marco de un Estado Social de Derecho.

Bajo ese entendido los procesos de reestructuración no sólo buscan proteger las obligaciones que tiene el deudor en estado de insolvencia, sino que van más allá, en cuanto propician que la “empresa” no termine liquidada.

Para que ello se pueda dar es necesario un Acuerdo entre el empresario deudor insolvente y sus acreedores, en donde se pueda sustituir el interés particular de obtener el pago de las obligaciones insolutas, por el interés general, de contenido social, a fin de que la empresa o entidad deudora, continúe con sus actividades,

ya saneada económicamente, y pueda prestar un servicio del cual se beneficie también la sociedad.

ACUERDOS DE RESTRUCTURACIÓN DE PASIVOS Y EL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES

Esta Corporación ha señalado² que el Acuerdo de Reestructuración resulta obligatorio para todos los acreedores, incluso para aquellos que no participaron en el trámite del mismo y que es viable negociar o transar los intereses generados por la mora en el pago de las acreencias laborales, los cuales son derechos discutibles y transigibles,

Posteriormente, esta Subsección³ indicó que los Acuerdos de Reestructuración no pueden cercenar los derechos de los trabajadores que no consintieron en su aprobación, pues no pueden estar orientados a evadir el pago de las correspondientes obligaciones:

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

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

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

*Con todo, la Sala considera que la Administración no debió desconocer la obligación **preexistente** que tenía con el actor*

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, sentencia del 22 de octubre de 2009, Consejero Ponente doctor Gerardo Arenas Monsalve expediente número 1268-2008

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A , Sentencia del 25 de marzo de 2010, Consejero Ponente doctor Luis Rafael Vergara Quintero, Número Interno 0928-2007 Actor Manuel Salvador de la Hoz

*en cuanto a la sanción por mora en el pago de las cesantías, por la potísima razón de que en los Acuerdos de reestructuración **Todas las obligaciones se atenderán** con sujeción a lo dispuesto en el acuerdo, y quedarán sujetas a lo que se establezca en él en cuanto a **rebajas, disminución de intereses y concesión de plazos o prórrogas**, aun sin el voto favorable del respectivo acreedor...” (Artículo 34 Numeral 8 Ley 550 de 1999)*

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

Así mismo, por medio de la providencia de 10 de noviembre de 2010⁴, se mantuvo la tesis según la cual las obligaciones de los trabajadores no pueden ser desconocidas por los Acuerdos de Reestructuración, empero indicó que cuando se informaba a los acreedores la apertura del proceso previsto en la Ley 550 de 1999, así como la determinación de la obligación a pagar, sin que la parte actora hubiera manifestado reparo alguno, se suspendía la contabilización de la sanción moratoria con la ejecutoria de la decisión que estableció el pago de tal acreencia.

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

Lo más osado en materia laboral de la Ley 550/99, es permitir la suspensión de algunas prerrogativas laborales, mas no su desconocimiento como ya se señaló, por el contrario, está en el deber de reconocer las obligaciones pre- existentes y las que se causen a partir del Acuerdo; no

⁴ Sentencia de 10 de noviembre de 2010, Subsección "A" Consejero Ponente. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (Exp. No. 0508-2009).

obstante, debe advertirse que estos pasivos pueden ser objeto de una negociación individual o colectiva, conforme a la situación personal del trabajador, vale decir, si es o no sindicalizado.

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

(...).

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

De las sentencias anteriores se concluye que las obligaciones preexistentes a la celebración del acuerdo no se pueden desconocer, sino que se deben atender, bien sujetándose a rebajas, disminución de intereses, a plazos o prórrogas, pero en ningún momento se permite que el deudor insolvente las desconozca.

Es decir, si la Entidad demandada excluye alguna de sus acreencias, se estaría aprovechando de su crítica situación financiera y desconociendo el espíritu de la figura de saneamiento económico que contiene la Ley 550 de 1990, en cuanto no garantiza la equidad en el Acuerdo. Debe resaltarse que la finalidad del Acuerdo de reestructuración de pasivos, es proteger las obligaciones adquiridas con justo título, lo que permite afirmar que de ninguna forma le es factible desconocer alguna de dichas obligaciones.

Finalmente, en sentencia⁵, destacó que cuando se vulneran derechos y garantías laborales que no están circunscritas en el contenido de los Acuerdos, dichas

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 17 de marzo de 2011, Consejera Ponente doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, Número Interno 1300-2009, Actor: Álvaro Ascencio García

convenciones devienen en inconstitucionales, por lo que es procedente que este se inaplique por inconstitucional en los casos en que se evidencia que con los mismos se evade el pago de prestaciones sociales preexistentes.

“...Es por ello que, el artículo 42 de la Ley 550 de 1999, permite que el trabajador individualmente, y en este caso el Empleado Público, acuerde condiciones laborales temporales especiales, como cuestión excepcional, pero sujeta a consideraciones de índole Constitucional, como bien lo advierte la Corte, consistentes en que cuando se presenta una disminución o recorte de la autonomía individual de los empleados que no han consentido las condiciones laborales temporales o cuando se vulneran derechos y garantías laborales que no están circunscritas en el contenido de dicho Acuerdo, devienen en inconstitucionales.

Por tal razón, no es posible acceder a la solicitud del Agente Fiscal de revocar la sentencia del Tribunal y negar las súplicas de la demanda, por considerar que las acreencias laborales a favor del actor, fueron pagadas dentro del proceso de Acuerdo de Reestructuración de Pasivos celebrado por el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla con base en la Ley 550 de 1999, dado que éste se debe inaplicar por inconstitucional para el caso concreto, en lo que tiene que ver con el Acto demandado que evade la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, concordando las tesis expuestas por la Jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado”.

DEL RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES ADEUDADAS AL ACTOR.

Se encuentra demostrado que el señor ANTONIO JOSÉ MORALES MEZA desempeñó las funciones de Gerente Comercial de la Empresa de Servicios Públicos de Magangué –SERVIMAG ESP desde el 4 de enero de 1995 hasta el 2 de junio de 2000, fecha en la cual fue aceptada su renuncia mediante Resolución 108, sin que le fueran liquidadas ni canceladas las prestaciones sociales legales y convencionales (cesantías y la sanción moratoria contemplada en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995) a que tiene derecho.

Mediante Resolución 004690 del 12 de junio de 2001, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos aceptó la solicitud de promoción de un acuerdo de reestructuración de pasivos presentada por la Empresa de Servicios Públicos de Magangué –SERVIMAG E.S.P.

El 21 de julio de 2001 solicitó el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales. Mediante Oficio de 24 de julio de 2001, el Gerente General negó la petición con fundamento en lo siguiente:

Con fecha 12 de junio del presente año la Empresa SERVIMAG E.S.P. entró en intervención económica por ley 550 de 1999, tal como fue decretado por la Superintendencia de Servicios Públicos mediante Resolución N° 4690 de la mencionada fecha; para lo cual me permito anexarle copia.

De otra parte según concepto escrito del promotor para esta Empresa Doctor Guillermo Llinas Angulo, la cual también me permito anexarle las sanciones moratorias originadas por el no pago de cesantías y demás acreencias de tipo laboral, prestaciones y otras, dejan de causarse a partir de la fecha de aceptación de la solicitud de promoción por parte de la Superintendencia Públicos Domiciliarios, y la Empresa no puede efectuar los pagos correspondientes al no formar parte los gastos administrativos mensuales, por lo cual las sumas adeudadas por concepto de cesantías e intereses de cesantías y otros que usted pretende en su derecho de petición entran a formar parte de la masa de acreencias objeto de reestructuración y su determinación, como acreencia cierta, prelación, plazos y condiciones estarán sujetos a lo que se pacte en el acuerdo, luego de culminado el procedimiento de determinación de votos para lo cual la Empresa publicara en cartelera a partir del 30 de Julio del presente año el listado que aparece en nuestra contabilidad y del cual se le ha enviado copia al promotor. (...)

Obra a folios 54 a 64 del expediente, el documento que contiene el Acuerdo de Reestructuración de pasivos celebrado entre la Empresa de Servicios Públicos de Magangué –SERVIMAG E.S.P. y sus acreedores dentro del contexto de la Ley 550 de 1999, que se realizó en procura de una refinanciación de las obligaciones adquiridas con sus acreedores, para continuar con su normal desenvolvimiento.

En reunión llevada a cabo el 16 de octubre de 2001, el promotor determinó los derechos de voto y las acreencias objeto de la reestructuración, siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 22 y 23 de la Ley 550 de 1999, normas que disponen

ARTICULO 22. DETERMINACION DE LOS DERECHOS DE VOTO DE LOS ACREEDORES. Con base en la relación certificada de acreencias y acreedores suministrada al promotor, en los demás documentos y elementos de prueba que aporten los interesados, y, en especial, con base en los estados financieros a que se refiere el artículo 20 de esta ley, el promotor, con la participación de peritos, si fuera el

caso, establecerá el número de votos que corresponda a cada acreedor por cada peso, aproximando en el caso de centavos, del monto correspondiente a cada acreencia, a la fecha de corte de la relación de acreencias, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

3. Para el cómputo de los votos correspondientes a las acreencias laborales, se tendrán en cuenta las que correspondan a acreencias ciertas. En el caso de los pasivos pensionales, los pensionados tendrán el derecho de voto correspondiente a sus mesadas pensionales causadas e impagadas y al valor que corresponda al veinticinco por ciento (25%) del importe del cálculo actuarial.

Como fórmula de pago el Promotor en el Acuerdo dispuso lo siguiente:

En desarrollo de lo previsto por el artículo 33 de la ley 550 de 1999, los créditos que son materia de ese acuerdo se pagaran en la forma que a continuación se establece, respetando el orden de prelación acordado por las partes intervinientes en el presente Acuerdo, y de conformidad con los grupos que para este efecto se han establecido en el capítulo precedente. Esta fórmula de pago se determinó con base en las proyecciones que su aplicación se hicieron por parte de LA DEUDORA y que se presentan en el anexo 4 de este acuerdo. Cuando las fechas acordadas en los numerales subsiguientes caigan en días no hábiles o festivos se entienden que la nueva fecha será la del día hábil inmediatamente siguiente.

Los créditos laborales se pagaran así: El primer pago se realizaría el 30 de diciembre de 2003, correspondiendo al 20% del total de la acreencia, el segundo pago el 30 de junio de 2004, corresponde al 18 % del total de la acreencia, el tercer pago de 30 de diciembre de 2004, corresponde al 18% del total de la acreencia, el cuarto pago de 30 de junio de 2005, corresponde al 30% del total de la acreencia, y el "último pago el 30 de diciembre de 2005, y corresponde al 14% del total de la acreencia.

Ahora bien, de los documentos obrantes en el expediente se colige que al actor no se le liquidaron y pagaron las acreencias laborales, entre ellas las cesantías con sus intereses correspondientes, lo que le imposibilitó hacerse parte del inventario de pasivos de la Ley 550 de 1999.

Obsérvese como el artículo 22 ibídem transcrito dispone que para determinar el derecho de voto de los acreedores es necesario que aporten los elementos de prueba suficiente para adquirir tal derecho, disponiendo que para las acreencias laborales, se tendrán en cuenta aquellas que correspondan a acreencias ciertas.

En las anteriores condiciones y a pesar que la Empresa de Servicios Públicos de Magangué -SERVIMAG E.S.P- el 12 de junio de 2001 entró en proceso de restructuración, no aportó los documentos necesarios para demostrar la inclusión de las acreencias laborales del actor dentro del acuerdo de restructuración y poder reclamar ante el promotor sus acreencias laborales, motivo por el cual y de conformidad con la jurisprudencia transcrita deviene inconstitucional, pues no puede cercenar los derechos de los trabajadores que no consintieron en su aprobación ni desconocer derechos preexistentes, por lo tanto, se procederá a inaplicarlo por inconstitucional.

Así las cosas y de conformidad con lo expuesto, la entidad demandada deberá reconocer y pagar lo referente a los salarios y prestaciones sociales legales y no convencionales al actor, pues como lo señaló el Tribunal Administrativo de Bolívar al estar demostrado la condición de empleado público no lo cobija la convención colectiva, las cuales serán debidamente indexadas, salvo lo relacionado con el auxilio de cesantías definitivas pues como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia no es posible acceder al reconocimiento de indexación y la sanción por el no pago de las cesantías señaladas la Ley 244 de 1995, por considerar incompatibles estas dos figuras, en tanto una y otra obedecen a la misma causa.

Por lo cual, para el reconocimiento y pago de la sanción por el no pago de las cesantías, la Ley 244 de 1995 se realizará de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 1o. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Una vez proferida la Resolución de liquidación de la cesantía, el artículo 2 ibídem, establece que el pago se efectuará dentro del siguiente término legal:

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

Se puede concluir que los empleados públicos nacionales y territoriales tienen derecho al reconocimiento y pago de un mes de salario por cada año de servicios continuos o discontinuos y proporcionalmente por fracción, liquidados con base en el último salario devengado por el servidor público. A este sistema se denominó régimen retroactivo de cesantías.

Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas por parte del empleado, la entidad patronal deberá expedir la liquidación. Una vez en firme la Administración contará con 45 días hábiles para el pago.

Luego del anterior término más 5 días de la notificación, comenzará a contar la sanción moratoria por el retraso en el pago, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, prevé la sanción moratoria en el pago de la cesantía, en caso de incumplirse los términos legales, con el siguiente tenor literal:

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

La anterior normativa prevé los términos legales con que cuenta la Administración para la liquidación y pago de las cesantías, imponiendo una sanción moratoria por su incumplimiento. Dicho articulado reitera que tanto los términos para el pago de la

prestación como los de la contabilización de la sanción moratoria son aplicables cuando se solicita la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

De igual manera ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada.

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado⁶, dejó en claro a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía y su agotamiento en la vía gubernativa, con el siguiente análisis:

(...) 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 su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarrearán perjuicio al peticionario. Carecería de sentido que el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrio de la administración.

Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudir a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de marzo de 2007, Consejero Ponente: doctor Jesús María Lemus Bustamante, Número Interno 2777-2004, Actor José Bolívar Caicedo Ruíz.

De lo anterior se colige que el término para el pago de la sanción moratoria se contabiliza a partir de los 65 días hábiles de la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías. En el presente asunto el actor presentó la solicitud de pago definitivo de cesantías el 24 de julio de 2001, motivo por el cual el término de contabilización de la sanción moratoria se cuenta a partir del 26 de octubre de 2001 hasta 14 de febrero de 2002 fecha en que fue aprobado el acuerdo de reestructuración, pues como lo señala el actor la empresa le avisó la existencia del acuerdo de reestructuración de pasivos sin que objetara la no inclusión de sus prestaciones sociales.

En consecuencia, se revocará la decisión del Tribunal Administrativo de Bolívar que negó las pretensiones de la demanda y en su lugar se condenará a la entidad demandada a que reconozca y pague al señor ANTONIO JOSÉ MORALES MEZA las prestaciones sociales legales a que tiene derecho, con su debida indexación, salvo el reconocimiento de las cesantías a las cuales se le aplicará un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas desde el 26 de octubre de 2001, fecha en la que transcurrieron los 65 días luego de solicitar la liquidación definitivas de las cesantías hasta el hasta 14 de febrero de 2002 fecha en que fue aprobado el acuerdo de reestructuración.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 20 de mayo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar que negó las pretensiones de la demanda presentada por el señor Antonio José Morales Meza.

En su lugar se dispone:

INAPLÍCASE por inconstitucional el Acuerdo de Reestructuración de la Empresa de Servicios Públicos de Magangué –SERVIMAG E.S.P., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

DECRÉTASE la nulidad del Oficio de 27 de julio de 2001 proferido por el Gerente General de la Empresa de Servicios Públicos de Magangué –SERVIMAG ESP, mediante la cual negó la solicitud de reconocimiento y pago de prestaciones sociales del señor Antonio José Morales Meza.

ORDÉNASE a la Empresa de Servicios Públicos de Magangué –SERVIMAG E.S.P.- que a manera de restablecimiento del derecho reconozca y pague al señor Antonio José Morales Meza las prestaciones sociales legales dejadas de percibir.

Las sumas resultantes de esta condena se actualizarán en la forma como se indica en esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula salvo para el auxilio de cesantía definitiva:

$$R = \frac{\text{Rh Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de prestaciones sociales, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se ejecutorie esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que fue debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la formula se aplicará separadamente, mes por mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

ORDÉNASE a la Empresa de Servicios Públicos de Magangué E.S.P. a pagar las cesantías definitivas y los intereses a las cesantías y a reconocer y pagar la sanción moratoria a partir del 26 de octubre de 2001 hasta 14 de febrero de 2002 de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO